

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito
Escola de Lisboa



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

A MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL DOS CONTRATOS PÚBLICOS QUANDO MODIFICAR SIGNIFICA ADJUDICAR

Ricardo Marçal Ramires de Sousa
Dissertação do Mestrado em Direito Administrativo
orientado pelo Professor Doutor Mário Aroso de Almeida

Lisboa
2016

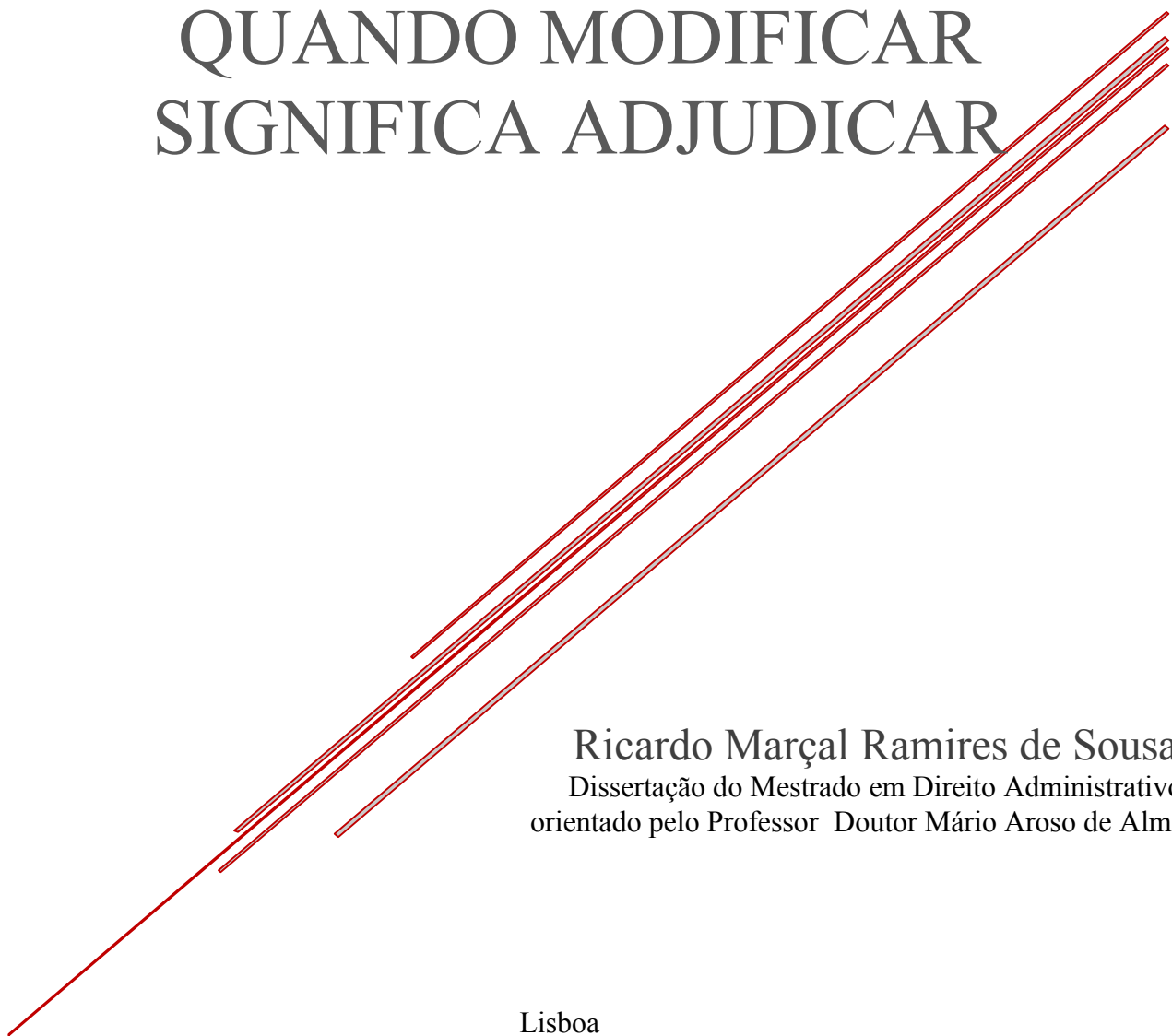
Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito
Escola de Lisboa



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

A MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL DOS CONTRATOS PÚBLICOS QUANDO MODIFICAR SIGNIFICA ADJUDICAR



Ricardo Marçal Ramires de Sousa
Dissertação do Mestrado em Direito Administrativo
orientado pelo Professor Doutor Mário Aroso de Almeida

Lisboa
2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Mário Aroso de Almeida a pronta disponibilidade que demonstrou em orientar-me nesta dissertação, bem como o apoio e todos os conselhos que me deu ao longo destes meses de trabalho.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa agradeço por me ter transmitido os princípios do Direito.

À Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa por me ter permitido aprofundar os conhecimentos de Direito Administrativo, apresentando-me novas áreas e novos saberes que me estimularam a curiosidade para realizar esta tese.

Um agradecimento à Sociedade de Advogados InterLegalAce por me permitirem conciliar a vida académica com o mundo profissional.

Por fim, à minha família, por todo o apoio e carinho ao longo da minha vida.

*O que impede de saber não são nem o tempo
nem a inteligência,
mas somente a falta de curiosidade.*

Agostinho da Silva
“Pensamento em Farmácia de Província”

ÍNDICE

ABREVIATURAS E SIGLAS	6
NOTA PRÉVIA	7
INTRODUÇÃO	8
 PARTE I:	
ENQUADRAMENTO DO TEMA	10
 1- A NOVA CONFIGURAÇÃO DA MODIFICAÇÃO NOS CONTRATOS PÚBLICOS	
1.1 - Modificação unilateral do contrato	11
1.2 – Modificação do contrato por acordo entre as partes	12
 2- EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA	
2.1- Jurisprudência Pré-Presetext	14
2.2- Acórdão Presetext	16
2.2.1- Antecedentes	16
2.2.2 - Decisão do TJUE	18
2.3 - Jurisprudência Pós-Presetext	20
3- DIRETIVAS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA DE 2014	22

PARTE II:

A MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL E AS SUAS FRONTEIRAS.....25

4. MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL26

4.1 - Modificação.....26

4.2– Substancial.....27

5- EXCEÇÕES32

5.1 - Modificações Não Substanciais32

5.2 – Modificações Substanciais Permitidas33

5.2.1 - Cláusulas de opção ou de revisão.....34

5.2.1.1 - Cláusulas de revisão de preços.....36

5.2.1.2 – Cláusulas relativas ao conteúdo do contrato37

5.2.1.3 – Cláusulas relativas à duração do contrato38

5.2.1.4 - Cláusulas de substituição da parte contratual.....38

5.2.2 - Modificações necessárias e inseparáveis do contrato inicial40

5.2.3- Circunstâncias Imprevistas.....43

5.2.4 - Modificação Subjetiva44

5.2.4.1 - Cláusula de revisão ou opção – Remissão45

5.2.4.2 - Transmissão universal ou parcial na sequência de operações de
reestruturação ou de insolvência45

5.2.4.3 - Assunção das obrigações do cocontratante perante os subcontratantes	48	
5.2.5 - O mistério da alínea e) do artigo 72º/1	49	
5.3 - Consequências de uma modificação substancial.....	51	
5.3.1 - Ao nível da Contratação Pública.....	51	
5.3.2 - Ao nível do próprio contrato	52	
 PARTE III:		
OS PROBLEMAS QUE SUBSISTEM E VIAS DE RESOLUÇÃO	54	
 6 - MECANISMOS DE CONTROLO.....		55
 7- O IMPACTO NO DIREITO NACIONAL: PISTAS PARA A TRANSPOSIÇÃO		58
 CONCLUSÃO		61
JURISPRUDÊNCIA		65
BIBLIOGRAFIA.....		66

ABREVIATURAS E SIGLAS

AEPDA	Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo
CCP	Código dos Contratos Públicos
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
EPPPL	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
Nº	Número
OPA	Oferta Pública de Aquisição
P.	Página
PP.	Páginas
P.P.L.R	Public Procurement Law Review
Reg.	Regulation
ss.	Seguintes
TGUE	Tribunal Geral da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
Vol.	Volume

NOTA PRÉVIA

Esta dissertação foi escrita ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990. As citações nela utilizadas também seguem o mesmo Acordo.

Todas as traduções constantes neste trabalho são traduções livres, realizadas pelo próprio Autor.

As Diretivas que abordam o tema desta dissertação são as Diretivas 2014/23/UE, a 2014/24/UE e a Diretiva 2014/25/UE. Os artigos sobre a modificação de contratos são praticamente iguais nas três diretivas, portanto, por economia de tempo e para facilitar a exposição, apenas nos ocuparemos em analisar o artigo 72º da Diretiva Clássica (Diretiva 2014/24/UE), por esta ter como objeto a generalidade dos contratos públicos e por isso ser a mais abrangente das três diretivas.

Os artigos que se citarão ao longo do texto sem referência expressa pertencem à Diretiva 2014/24/UE.

INTRODUÇÃO

A Contratação Pública é uma área do Direito que se encontra em permanente evolução. Vista como um meio indispensável para alcançar o projeto do Mercado Único Europeu, assistiu-se, desde os meados do século XX, a uma progressiva europeização dos Contratos Públicos.¹

Todavia, esta uniformização de regras e princípios, no âmbito da Contratação Pública, cingia-se apenas à fase pré-contratual, nomeadamente na imposição de transparência e na garantia da concorrência nos processos de seleção do contratante.²

Desta forma, a regulação dos Contratos Públicos na União Europeia encontrava-se dividida em duas partes muito distintas. Se, por um lado, a ação da entidade adjudicante na escolha do seu cocontratante era objeto de regras exigentes, minuciosas e uniformes a todos os Estados-Membros, por outro, a execução dos contratos era deixada fora do escopo da União Europeia, pertencendo às instituições nacionais essa responsabilidade, o que acarretou que a maioria nunca implementasse essas regras possibilitando a verificação dos problemas que se evitaram na fase pré-contratual.³

Para fazer face a estas insuficiências normativas, a jurisprudência comunitária começou por aplicar os princípios idealizados para a fase pré-contratual na fase de execução do contrato, até que, no Acórdão Pressetext⁴, cria uma doutrina específica para a fase pós-adjudicatória, num claro fenómeno de expansão da Contratação Pública⁵: a doutrina da modificação substancial dos contratos públicos.

¹ MARIA JOÃO ESTORNINHO, Curso de Direito dos Contratos Públicos, 2012, P. 58 e ss.

² Com exceção do que se encontrava previsto no artigo 31º/4 da Diretiva 2004/18/CE

³ PEDRO MELO, DIOGO DUARTE CAMPOS E CARLA MACHADO, The New Public Procurement Directives and the PPC: Pratical Implications of EU Law on the Portuguese Public Procurement Code em EPPPL 2, 2012

⁴ Acórdão do TJUE de 19/02/2008, P.C-454/06

⁵ PEDRO GONÇALVES, Acórdão Pressetext: a modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato em Cadernos de Justiça Administrativa nº73 janeiro/fevereiro 2009

Esta doutrina estabelece que modificações pós-adjudicatórias que impliquem alterações em elementos essenciais do contrato são materialmente um novo contrato, sendo por isso necessário um novo procedimento pré-contratual e uma nova adjudicação.

No entanto, o preenchimento do conceito de modificação substancial é uma das maiores “áreas cinzentas” da Contratação Pública, uma vez que, apenas no caso concreto, se torna possível verificar se a modificação é ou não lícita.

Para facilitar a sua aplicação, e numa absoluta novidade, em 2014 as novas Diretivas da Contratação Pública⁶ dedicam um artigo exclusivamente a este tema, fornecendo alguns critérios que necessitam de densificação e precisão para poderem ser utilizados.

Esta temática também reveste um elevado relevo na vertente prática, já que na atual e difícil conjuntura económico-financeira que a Europa atravessa, o paradigma tem sido a renegociação dos contratos em vigor, assim uma aplicação correta da doutrina da modificação substancial trará uma maior garantia de respeito pelo princípio da concorrência, que trará benefícios para a economia dos Estados-Membros.

Este estudo tem como objetivo principal fornecer orientações sobre a forma de interpretar os critérios para qualificar uma modificação como substancial estabelecidos pela jurisprudência comunitária e pelas novas Diretivas, de maneira a facilitar a aplicação destes critérios no caso concreto.

⁶ Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE de 26/02/2014.

**PARTE I:
ENQUADRAMENTO DO TEMA**

1- A NOVA CONFIGURAÇÃO DA MODIFICAÇÃO NOS CONTRATOS PÚBLICOS

1.1 - Modificação unilateral do contrato

Todo o contrato, seja público ou privado, corresponde a um acordo de vontades que apenas é alcançado após um processo de formação mais ou menos complexo, a chamada fase pré-contratual.

Após esta fase caracterizada pela flexibilidade, a assinatura do contrato fixa os termos e as condições do acordo submergindo o princípio da estabilidade das cláusulas contratuais.

Todavia, esta estabilidade pode ser afetada pela necessidade de proceder a ajustamentos de modo a fazer face a circunstâncias inesperadas, a novas necessidades ou mesmo a evoluções tecnológicas, que surjam durante a execução e que aumentem a eficiência económica do contrato.⁷

Ora, no Direito Privado, as modificações no contrato podem ocorrer por acordo entre as partes, por via do princípio do *pacta sunt servanda*, ou por decisão judicial ou arbitral. Nos contratos públicos, uma vez que visam a prossecução do interesse público, não se pode reconhecer um valor absoluto ao princípio da estabilidade contratual, exigindo-se antes uma articulação entre aquele e o princípio da prossecução do interesse público.⁸

Por isso, nos contratos públicos, para além de se acolher o regime previsto no Direito Privado, acrescenta-se o poder de modificação unilateral do contrato, de modo a regular situações específicas imputáveis ao contraente público (artigo 311º do Código dos Contratos Públicos).

⁷ Alguns exemplos em OMER DEKEL, Modification of a Government Contract Awarded following a Competitive Procedure em Public Contract Law Journal Vol. 38, N°2, 2009, P. 405

⁸ ANA GOUVEIA MARTINS, A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas em Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia Vol. II, P. 62

Durante décadas, foi esta última possibilidade de modificação que centrou todas as atenções da doutrina e da jurisprudência administrativa devido a dois aspetos essenciais: a novidade de existir um poder autónomo (extracontratual) do contraente público de modificar o contrato e a preocupação de demarcar e limitar a dimensão deste poder.⁹ Existia assim uma lógica de proteger o cocontratante do poder exorbitante que o contraente público detinha. Defendendo-se que qualquer modificação imposta pelo ente público que não respeitasse o objeto do contrato estaria a violar o próprio contrato e, como tal, essa modificação seria inadmissível.¹⁰

Contudo, nos últimos anos, apesar de a modificação unilateral persistir, é a modificação por acordo entre as partes que ocupou o centro do debate.

1.2 – Modificação do contrato por acordo entre as partes

Paulatinamente, tem-se vindo a abandonar a perspetiva de olhar para o regime da modificação pelo lado do cocontratante para passar a vê-la pela lógica dos concorrentes preteridos.

Em virtude desta nova conceção, os princípios concorrenciais, que são acautelados nos procedimentos pré-contratuais foram transpostos para o regime da modificação, na medida em que se percebeu que a concorrência e a transparência podiam ser prejudicadas se não se limitasse o poder de modificação.¹¹

A celebração de um contrato resulta de um complexo e exigente procedimento concorrencial, aberto a todos os interessados e desenhado para respeitar os princípios da não discriminação e da transparência, pelo que a sua modificação não pode estar na livre disponibilidade das partes.¹² Primeiro, porque o concorrente é livre de apresentar ou não uma proposta mas não tem a liberdade

⁹ PEDRO GONÇALVES, Acórdão Pressetext...

¹⁰ Sobre o critério do objeto do contrato, OMER DEKEL, *Modification of a Government Contract*... P. 417

¹¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II P.628

¹² AFONSO CHOON, *Os limites à modificação dos Contratos Administrativos*, Tese de Mestrado, UCP Lisboa 2013 P.6

de negociar o seu conteúdo, uma vez que cabe ao contraente público definir, de acordo com as suas necessidades, as cláusulas a que ambos se vão submeter. Segundo, a modificação discricionária do contrato poderia colocar em causa as traves mestres da Contratação Pública, permitindo, na fase de execução, todas as estratégias anti concorrenciais que se pretendem evitar durante o procedimento pré-contratual.

Assim sendo, parece-nos que o regime da modificação se encontra atualmente num dilema. Temos o interesse público e o dever de boa administração, por um lado, princípios primordiais do Direito Administrativo,¹³ que obrigam o ente público a desenvolver todos os esforços para alcançar, da melhor forma, o bem comum. Por outro lado, temos a defesa da concorrência, que em certos casos, pode paralisar os primeiros.

Nos Estados Unidos da América existe uma tendência para o interesse público se sobrepor à defesa da concorrência, permitindo-se a modificação do contrato.¹⁴ Na Europa, não existe essa sobreposição, tendo que se realizar um novo procedimento mesmo que a alteração, atendendo às novas exigências, seja a solução economicamente mais eficiente..¹⁵

¹³ MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRE SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral* Tomo I, P.207 e ss.

¹⁴ GABRIELLA M. RACCA/ROBERTO CAVALLO PERIN, *Material Changes in Contract Management as Symptoms of Corruption: A Comparison Between EU and U.S. Procurement Systems em Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, P. 257

¹⁵ OMER DEKEL, *Modification of a Government Contract...* P. 407

2- EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Não existem dúvidas que o Acórdão Pressetext representa um marco significativo da jurisprudência europeia e que contribuiu, fortemente, para a colocação do tema da modificação dos contratos na ordem do dia. Apesar disso, este não foi o primeiro Acórdão em que o Tribunal de Justiça se pronunciou sobre o tema.

2.1- Jurisprudência Pré-Pressetext

A primeira abordagem sobre esta temática foi feita em 1998 pelo Advogado-Geral Nial Fennelly no Acórdão Walter Tögel.¹⁶ Nas suas conclusões, o Advogado-Geral defende que a entrada em vigor da Diretiva Serviços (Diretiva 92/50) apenas impõe uma intervenção em relações jurídicas existentes quando os contratos, nos termos do direito nacional, constituem uma “relação a longo prazo que prevê um quadro de renegociação periódica das condições” mas a Diretiva já não terá efeitos sobre um contrato que estabeleça uma relação estável e vinculativa, “de modo que as próprias variações de preços e de outros fatores são regulados no contexto de um único contrato” (considerando 63). O critério encontrado é o da continuidade.

De acordo com este critério deverá ocorrer uma nova adjudicação se existir uma quebra na continuidade do contrato, por via de um quadro de renegociação periódica das condições previsto no contrato. Já não existirá nova adjudicação, mas sim uma modificação, se as variações ocorrerem num contrato vinculativo único. Contudo, ao decidir, o TJUE não fez esta distinção e defendeu que todos os contratos que se encontravam na fase de execução não eram afetados pela entrada em vigor da nova Diretiva.

¹⁶ Acórdão do TJUE de 24/9/1998, Processo C-76/97.

No ano 2000, no Acórdão Comissão/França¹⁷, ao deliberar sobre uma renegociação do contrato de empreitada do metro ligeiro de Rennes, o TJUE interroga-se se as negociações “apresentam características substancialmente diferentes das já conduzidas e se são, em consequência, suscetíveis de demonstrar a vontade das partes em renegociar os termos essenciais do contrato” (Ponto 44 do Acórdão).

O Tribunal considerou que a Comissão não fez prova que a renegociação do contrato demonstrava “a vontade das partes em renegociar os termos essenciais do contrato” (Considerando 56 do Acórdão). Inferindo-se que se a Comissão tivesse feito essa prova, o TJUE teria considerado que a renegociação constituía uma adjudicação de um contrato novo e não uma modificação como considerou.¹⁸ Assim não se provou a vontade das partes em renegociar o contrato.

Em 2004, no Acórdão Comissão/Succhi di Frutta¹⁹, o TJUE analisou uma modificação no objeto do pagamento feito aos cocontratantes (no contrato original a Comissão pagava em maçãs e laranjas, já na fase de execução o pagamento começou a ser feito em pêssegos).

Na decisão, o TJUE enuncia os princípios da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência como princípios chaves no âmbito dos Contratos Públicos.

Ao contrário do que defendia a Comissão, que tais princípios só se aplicavam na fase pré-contratual, o Tribunal entendeu que estes se aplicavam também após a adjudicação. Os juízes consideraram que o anúncio do concurso ou o caderno de encargos tem de conter as condições e modalidades do processo de adjudicação de forma clara e precisa, de maneira a que todos os proponentes compreendam “o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira”, permitindo à entidade adjudicante verificar se “as propostas dos proponentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso” (Ponto 111 do Acórdão).

¹⁷ Acórdão do TJUE de 5/10/2000, Processo C-337/98.

¹⁸ No mesmo sentido, PEDRO GONÇALVES, Acórdão Pressetext... P.13.

¹⁹ Acórdão do TJUE de 29/4/2004, Processo C-496/99.

Assim o Tribunal afirma que a entidade adjudicante não está autorizada a alterar uma condição essencial do concurso “e, em especial, uma estipulação que, se tivesse figurado no anúncio do concurso, teria permitido aos proponentes apresentarem uma proposta substancialmente diferente” (considerando 116). Se a entidade adjudicante desejar que “por motivos precisos, certas condições do concurso possam ser modificadas depois da escolha do adjudicatário, é obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação, tal como as suas regras de execução, no anúncio do concurso (...) de modo que todas as empresas interessadas em participar no concurso tenham desde o início conhecimento das mesmas e se encontrem em pé de igualdade no momento de formularem a sua proposta.” (Ponto 118). Desta forma, o TJUE não permitiu a modificação por violação do princípio da igualdade de todos os proponentes e do princípio da transparência.

Por último, cabe referir o Acórdão Comissão/Espanha²⁰ em 2005. Neste processo, o TJUE analisa se a Diretiva 93/36/CEE foi corretamente transposta para o ordenamento jurídico espanhol. Ao analisar as causas em que eram permitidas o recurso ao processo por negociação, o Tribunal decide que o aumento do preço do contrato em mais de 10% constitui uma alteração substancial das condições iniciais do contrato entendendo que a Diretiva não foi corretamente transposta (Considerando 49 do Acórdão).

2.2- Acórdão Presetext

2.2.1- Antecedentes

O Acórdão Presetext é um ponto importante na evolução dos contratos públicos por não só se ocupar diretamente do tema da modificação dos contratos públicos, como também por fornecer alguns critérios e orientações para considerar uma modificação a um contrato existente uma modificação substancial.

²⁰ Acórdão do TJUE de 13/1/2005, Processo C-84/03

O caso analisado no Acórdão consistia, resumidamente, num contrato celebrado em 1994, por tempo indeterminado e com uma cláusula de renúncia de rescisão do mesmo até 31 de dezembro de 1999, pela principal agência de imprensa austríaca (APA) e o Estado austríaco, em que o primeiro se comprometida, mediante remuneração, a prestar diversos serviços ao segundo contratante.

Em setembro de 2000, ocorreu uma cessão parcial das prestações adjudicadas ao contraente privado a uma sua filial, a APA-OTS que era 100% detida pela APA, tendo o Estado austríaco dado o seu acordo para esta mudança do cocontratante.

No ano seguinte, 2001, o contrato foi revisto no sentido de converter o preço, originalmente em xelins austríacos, em euros e ajustar a cláusula de indexação que resultou numa redução do preço final.

Por último, em 2005, verificaram-se duas novas modificações ao contrato original. Por um lado, prorrogou-se a vigência da cláusula de não resolução, estendendo-a até 31 de dezembro de 2008, por outro, aumentou-se o desconto no preço dos serviços prestados, de 15% subiu para 25%.

Deste modo, durante a relação contratual entre a APA e o Estado austríaco foram feitas diversas alterações ao contrato celebrado que implicaram:

- i. Uma mudança do cocontratante,
- ii. Uma alteração do preço (por duas vezes),
- iii. Uma revisão da cláusula de não resolução.

Em 2006, a Presstext Nachrichtenagentur GmbH, empresa concorrente da APA, intentou uma ação, num tribunal austríaco, requerendo que se analisasse a conformidade das alterações ocorridas com o Direito Europeu.

O tribunal austríaco suspendeu a instância e efetuou um reenvio para o TJUE, colocando-lhe sete questões prejudiciais. Sendo o teor das mesmas, no essencial, apurar se as alterações efetuadas constituíam uma nova adjudicação para efeitos da Diretiva 92/50/CE.

2.2.2 - Decisão do TJUE

O TJUE, antes de responder às questões prejudiciais colocadas, começa por admitir que a Diretiva 92/50/CE não contém “uma resposta explícita” sobre se as modificações, num contrato existente, podem ser consideradas uma nova adjudicação. Todavia, o Tribunal reconhece que a mesma Diretiva contém “indicações pertinentes” sobre o problema que merecem ser consideradas. (Considerando 30 do Acórdão)

É sobre esta premissa, que o TJUE analisa as regras comunitárias, em matéria de Contratos Públicos, à procura de critérios e orientações que respondam à questão de saber em que situações é que se está perante uma modificação substancial.

Desta forma, o TJUE começa por estabelecer que as “alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato (...) quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, consequentemente, suscetíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato”. (Ponto 34 do Acórdão)

Temos assim três expressões chaves para apurar se uma modificação é considerada substancial: “substancialmente diferentes”, “renegociar” e “termos essenciais”.²¹

O TJUE não define o que são “características substancialmente diferentes do contrato inicial”, mas fornece três exemplos de alterações que considera como substanciais:

- i. Alteração que “introduza condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam

²¹ ADRIAN BROWN, When do Changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purpose of EU Procurement Rules? Guidance at Last in Case C-454/06 em Public Procurement Law Review, 2008, nº6

permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite”
(Considerando 35 do Acórdão)

- ii. Modificação que “alargue o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos” (Ponto 36)
- iii. Alteração que “modifique o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial” (Considerando 37)

Com estes exemplos, o Tribunal preocupou-se (i) em defender os interesses da concorrência, tanto dos concorrentes que participaram no procedimento e perderam, como dos operadores económicos que não participaram mas que poderiam ter querido participar ou não teriam sido excluídos à luz das novas modificações, (ii) em limitar o alargamento do objeto do contrato a prestações não previstas²² e (iii) preservar o princípio da igualdade na fase da execução, de modo a que o cocontratante não seja beneficiado com a modificação não prevista.

Estas situações têm carácter exemplificativo.²³ Nesta decisão, o TJUE fornece mais alguns exemplos de alteração substancial, como são o caso da cessão contratual a um terceiro (Ponto 47 do Acórdão), modificações no preço definido que não sejam meros ajustamentos (Considerandos 59 a 63) e cláusulas de rescisão que falseiem a concorrência (Pontos 75 a 80).

No entanto, o TJUE, ao analisar as questões prejudiciais, fornece mais um critério que assume um carácter de extrema importância. Só ocorrerá uma modificação substancial do contrato se, o próprio contrato, não previr essa alteração (Considerandos 40 e 60 da decisão).

Assim, só há o dever de nova adjudicação se o contraente público não estiver habilitado expressamente a introduzir as modificações pretendidas. Esta habilitação expressa tem de se encontrar no contrato original ou nas peças do procedimento.²⁴

²² Defendendo que o TJUE apenas proíbe o alargamento numa medida importante, PEDRO GONÇALVES, Acórdão Pressetext... P.18

²³ Nesse sentido, PEDRO GONÇALVES, Acórdão Pressetext... P.18

²⁴ PEDRO GONÇALVES, Acórdão Pressetext... P. 17

Esta exceção tem o seu sentido dado que, se as cláusulas de modificação já se encontravam previstas no início do procedimento pré-contratual, as mesmas já foram abertas à concorrência. Desde o início do processo, que os operadores económicos interessados têm consciência que existe essa possibilidade de modificação, não se violando assim os princípios da transparência e da igualdade. Numa expressão feliz, as alterações previstas nestas cláusulas “não são modificações do contrato mas modificações nos termos do contrato”.²⁵

Sobre as questões prejudiciais colocadas, o TJUE deliberou que as alterações ocorridas no contrato não configuravam modificações substanciais, não obrigando a nova adjudicação.

2.3 - Jurisprudência Pós-Pressetext

Após o forte impacto do Acórdão Pressetext na Contratação Pública europeia, o TJUE socorreu-se dos critérios utilizados nessa decisão para julgar outros casos de modificação nos contratos públicos. Dos diversos Acórdãos, dois merecem destaque por contribuírem para a afinação dos critérios utilizados no Pressetext:

O primeiro, é o chamado caso Wall AG²⁶. A cidade de Frankfurt lançou um concurso para a adjudicação de um contrato de concessão de serviços em onze sanitários públicos urbanos. O caderno de encargos previa a possibilidade de modificar o subcontratante com a autorização da cidade de Frankfurt. A Frankfurter Entsorgung und Service GmbH (FES) ganhou o concurso, tendo na sua proposta a Wall como subcontratante. Após a adjudicação a FES, com a autorização da cidade de Frankfurt substituiu, em alguns serviços, a Wall por outra empresa. A principal questão colocada ao TJUE foi se a obrigação de transparência exige uma nova

²⁵ KRISTIAN HARTLEV/ MORTEN WAHL LILJENBØL, Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender em Public Procurement Law Review 2013 n.º 2 P.58

²⁶ Acórdão do TJUE de 13/4/2010, Processo C-91/08

adjudicação quando um subcontratante, cuja inclusão na proposta do concorrente vencedor foi um fator essencial na adjudicação, é substituído. O Tribunal respondeu afirmativamente deliberando que “a substituição de subcontratante, mesmo quando a faculdade de o fazer está prevista no contrato, pode, em casos excepcionais, constituir uma alteração (...) de um dos elementos essenciais do contrato de concessão quando o recurso a determinado subcontratante (...) tenha sido um elemento determinante da celebração do contrato” (Considerando 39 da decisão).²⁷

Daqui retira-se que a margem de liberdade dada pelas cláusulas de revisão inscritas no contrato não é total. Até a habilitação expressa de modificação existente desde o início do procedimento se encontra limitada pelo princípio da transparência e do princípio da igualdade de tratamento dos proponentes.

O segundo, é o Acórdão Comissão/Alemanha²⁸. Neste caso, o TJUE foi chamado a decidir sobre o alargamento do objeto de um contrato de serviços públicos de transporte de doentes. Ao analisar o contrato celebrado pelo *Landkreis* (Condado) de Ulzen assinado em 1984, que foi sujeito a um alargamento do objeto em 2004, o Tribunal afirma que a modificação efetuada constitui uma nova adjudicação, uma vez que a alteração “alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos” (Ponto 99 do Acórdão). Apesar de a modificação acarretar uma ampliação da prestação dos serviços na ordem dos 25% e um aumento do valor do contrato inferior a 15%, o TJUE não entrou nestas considerações e concluiu que a modificação era substancial.²⁹

²⁷ O mesmo se pode retirar das conclusões do Advogado Geral Yves Bot apresentadas em 27/10/2009 que embora defenda que estando a modificação do subcontratante prevista no contrato, é difícil sustentar que essa modificação seja substancial, no caso vertente “a substituição tem lugar sem qualquer motivo legítimo” e devido a isso “uma prática dessa natureza viola a obrigação de transparência e o princípio da igualdade de tratamento dos proponentes” (Pontos 67 e 68 das conclusões)

²⁸ Acórdão do TJUE de 29/4/2010, Processo C-180/08

²⁹ ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, *La Modificación de los Contratos en la Cuarta Generación de Directivas sobre Contratación Pública* em X Congreso AEPDA, P.13

3- DIRETIVAS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA DE 2014

A 26 de fevereiro de 2014, o Parlamento e o Conselho Europeu aprovaram as três novas Diretivas da Contratação Pública, que substituem as Diretivas de 2004 e que devem ser transportas pelos Estados-Membros até ao dia 18 de abril de 2016.³⁰

O tema da modificação substancial, que no espaço temporal entre as duas diretivas, conquistou um importante espaço do debate no seio da Contratação Pública, integra, naturalmente, as novas diretivas, com direito a um artigo autónomo em cada uma (artigo 43^a da Diretiva 2014/23/UE, artigo 72º da Diretiva 2014/24/UE, artigo 89º da Diretiva 2014/25/UE).

A Diretiva 2014/24/UE acolhe, em grande parte, as orientações fornecidas pela jurisprudência comunitária e abrange tanto as modificações objetivas como as modificações subjetivas.

Numa técnica legislativa criticável, a regra encontra-se no último número do artigo 72º (as modificações substanciais obrigam a novo procedimento) sendo precedida por diversas e complexas exceções.³¹ Neste sentido podemos afirmar que o regime estabelecido preocupa-se mais em afirmar as exceções, apontando os casos em que não existe uma modificação substancial, do que em reforçar a regra.³²

Assim no número 1 do artigo enunciam-se casos em que a modificação não implica nova adjudicação. Situações em que modificação vem prevista em cláusulas de revisão ou opção claras, precisas e inequívocas (alínea a)), obras, serviços ou fornecimentos complementares (b)), alteração das circunstâncias (c)), alterações no cocontratante (d)) e casos em que a modificação não é considerada substancial de acordo com o número 4 do artigo 72º.

³⁰ Sem prejuízo de possíveis extensões do prazo para as regras sobre os procedimentos eletrónicos

³¹ Defendendo que o artigo 72º/5 não constitui uma regra mas apenas uma declaração de princípio, STEEN TREUMER, *Contract Changes and the Duty to Retender Under the New EU Public Procurement Directive* em *Public Procurement Law Review*, 2014 N°3 P. 148

³² MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Uma Primeira Análise das Novas Diretivas (Parte II)* em *Revista de Contratos Públicos* 2014 N° 10 P.165

O número 4 transpõe para a Diretiva os critérios enunciados no Acórdão Pressetext, acrescentando-lhe um que é o que se encontra presente na alínea d) que trata da modificação subjetiva.

No número 2, encontramos uma regra *de minimis*³³ pois não há modificação substancial se o valor da modificação não exceder os limiares europeus (remissão para o artigo 4º) e a percentagem de 10% (bens e serviços) ou 15% (empreitada) do valor do contrato inicial.

Por fim, no número 5 encontramos o “ponto de partida”³⁴ da análise que estabelece que a modificação que não caiba nas exceções previstas nos números 1 e 2 obrigam a uma nova adjudicação.

A forma como está redigido o preceito torna difícil afirmar se o elenco de situações apresentado no artigo é taxativo ou meramente exemplificativo. Pensamos que da letra da diretiva se retira que o elenco é fechado,³⁵ uma vez que, comparando a Diretiva com o Acórdão Pressetext, a primeira apresenta uma abordagem mais rígida³⁶ o que leva a crer que o legislador comunitário não quis deixar margem ao intérprete de criar outras exceções à regra.

À primeira vista, o artigo 72º parece uma codificação de um caso judicial (o Pressetext). No entanto, como vimos, o labor da jurisprudência europeia não se resume a este caso.

Além do mais, a Diretiva comporta várias inovações, que em alguns casos se afastam, radicalmente, do Acórdão Pressetext. Desde logo, a ampliação do âmbito de aplicação da doutrina da modificação substancial aos acordos-quadro, a preocupação com os potenciais concorrentes (artigo 72º/4 a)) e o incremento de um novo critério para se apurar se uma modificação é ou não substancial (artigo 72º/4 d)), para além de definir, de forma consideravelmente mais detalhada, em que

³³ STEEN TREUMER, *Contract Changes*... P. 151

³⁴ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Uma Primeira Análise*... P.165

³⁵ No mesmo sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos* P 573. Contra, STEEN TREUMER, *Contract Changes*... P. 148

³⁶ Compare-se, por exemplo, o artigo 72º/4 da Diretiva 2014/24/UE com os pontos 35 a 37 do Acórdão Pressetext

situações um contrato pode ser modificado e, sobretudo, na preocupação de afirmar mais as exceções do que em reforçar a regra.

**PARTE II:
A MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL
E AS SUAS FRONTEIRAS**

4. MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL

Tanto as Diretivas como a Jurisprudência trabalham com um conceito de modificação substancial do contrato para apurar se determinada modificação deverá ser admitida ou, se pelo contrário, implicará uma nova adjudicação.

Por isso, antes de avançarmos, será importante analisar de forma detalhada este conceito.

4.1 - Modificação

A possibilidade de modificar um contrato é indispensável para que a entidade adjudicante possa prosseguir o interesse público de modo mais eficiente. A modificação de um contrato pode assumir diversas formas. Pode ser realizada logo a seguir ao procedimento pré-contratual ou já numa fase mais avançada da sua execução. Pode dizer respeito à duração do contrato, à qualidade dos materiais ou serviços, à substituição de sujeitos ou qualquer outro elemento que integre o contrato.

Um aspeto importante que merece ser sublinhado é que a modificação tanto pode ser explícita como implícita. A passividade do sujeito público perante um cumprimento defeituoso do contrato por parte do ente privado, como por exemplo, a aceitação dos serviços abaixo dos padrões contratualizados, constitui um consentimento implícito que origina uma modificação contratual.³⁷ Esta situação levanta um problema, já que estas modificações implícitas são muito mais difíceis de detetar e regular do que as modificações que alteram os termos do contrato escrito, as modificações explícitas.

³⁷ OMER DEKEL, *Modification of a Government Contract...* P. 404

4.2 – Substancial

Substancial é um adjetivo ou um nome que expressa aquilo que é essencial ou fundamental.³⁸ De facto, apenas as modificações que alteram o núcleo essencial do contrato requerem uma nova adjudicação.

Tradicionalmente, caracterizavam-se como essenciais os elementos que permitiam autonomizar e identificar o contrato, incluíam-se nestes os sujeitos, o preço e o prazo contratual, e os elementos sem os quais as partes não teriam celebrado o contrato.³⁹ A essencialidade dos elementos era aferida dentro da relação jurídica contratual, tendo em conta apenas a importância que uma alteração assumia para as partes.

A jurisprudência europeia e a nova Diretiva preenchem o conceito de núcleo essencial do contrato de forma semelhante, prevalecendo a preocupação com a concorrência sobre as partes. Um elemento deve ser classificado como essencial de acordo com a importância que teve no procedimento pré-contratual e o valor que tem para a concorrência.⁴⁰

Como vimos supra, o TJUE definiu uma modificação como substancial quando a alteração não se encontrar prevista em termos precisos no procedimento de adjudicação e introduza no contrato um conteúdo com características essencialmente diferentes das do contrato inicial.

O mesmo ocorre com o artigo 72º/4 da Diretiva que considera como substancial uma modificação que torne o contrato “materialmente diferente” do contrato celebrado inicialmente.

Importa, então apurar, em que circunstâncias uma modificação introduz no contrato um conteúdo que o torna substancialmente diferente do inicialmente previsto.

³⁸ Dicionário de Língua Portuguesa 2004, Porto Editora

³⁹ MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, Direito Administrativo Vol. I, P. 699 e ss. e DIOGO FREITAS DO AMARAL, Curso..., Vol. II P.628

⁴⁰ AFONSO CHOON, Os limites..., P.21

Para Pedro Gonçalves existe uma “associação automática entre características substancialmente diferentes e alteração dos termos essenciais do contrato”. O autor, recordando que no Acórdão Pressetext permite-se o ajustamento do preço ao mesmo tempo que se considera este como um elemento essencial do contrato, conclui que “a essencialidade da alteração não exige uma alteração substancial de um termo ou condição essencial de um contrato”. Para se qualificar como substancial, a alteração tem de preencher dois requisitos: “não se encontrar prevista em termos precisos no procedimento de adjudicação” e introduzir “no contrato um conteúdo com características substancialmente diferentes das do contrato inicial (demonstrando assim a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato)”.⁴¹

Tese contrária tem Luís Verde de Sousa, que defende que o TJUE aponta para a “necessidade de se atender simultaneamente à essencialidade da alteração introduzida e da matéria alterada”.⁴² Este autor retira esta conclusão dos Acórdãos Pressetext e Wall, onde o Tribunal entendeu que nem todas as alterações substanciais que se reportavam a elementos essenciais exigiam uma nova adjudicação.

Antes de tomarmos uma posição, é aconselhável atentarmos aos exemplos do artigo 72º/4. Aí prevê-se, expressamente, quatro casos em que as modificações têm de ser consideradas substanciais, todas elas com preocupações concorrenciais.

A alínea a) acolhe um dos primeiros critérios fixados pelo TJUE ao considerar substancial uma modificação que introduz condições que, se tivessem sido inicialmente previstas, permitiriam a admissão de outros candidatos, aceitação de propostas diferentes ou, numa novidade da Diretiva, a participação de mais concorrentes. Aqui pode-se incluir alterações de requisitos de admissão ou de especificações técnicas que se encontravam nas peças do procedimento. Repare-se

⁴¹ PEDRO GONÇALVES, Acórdão Pressetext... P.18. No mesmo sentido, KRISTIAN HARTLEV/MORTEN WAHL LILJENBØL, Changes to Existing Contracts... P. 54

⁴² LUIS VERDE DE SOUSA, A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta, em Estudos de Contratação Pública III, P. 307

que a Diretiva não se preocupa apenas com os concorrentes preteridos, existe também um cuidado para com os concorrentes que não foram admitidos no procedimento e ainda com os concorrentes que nem chegaram a apresentar proposta. Assim, para ser substancial, a modificação tem de ter algum impacto na concorrência.⁴³ Uma alteração que não altere uma condição sujeita à concorrência ou que não teria qualquer influência no procedimento pré-contratual não pode ser considerada como substancial.

Nas três alíneas seguintes consagram-se mais três exemplos. A alteração do equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário (alínea b), onde se pode incluir uma modificação que aumente o valor ou o prazo do contrato ou altere as condições de pagamento; o alargamento do objeto do contrato (alínea c), como por exemplo, alterações que introduzam serviços que não estavam contemplados no caderno de encargos; e, por último, a proibição da alteração do adjudicatário em casos não previsto no artigo 72º/1 d) (alínea d).

Em suma, o conceito indeterminado de “alteração substancial” pode ter dois significados.

Pode, por um lado, reconduzir-se a um dos exemplos do artigo 72º/4 da Diretiva que constituem o primeiro crivo fornecido pela jurisprudência para delimitar uma fronteira entre a modificação admissível e a proibida. Uma alteração que se enquadre num destes exemplos será sempre considerada substancial.⁴⁴

Por outro lado, pode referir-se a modificações que alterem significativamente o contrato, tornando-o num contrato materialmente diferente do celebrado inicialmente. Esta vertente do conceito será, em princípio, de muito difícil aplicação, uma vez que a maioria das situações de modificações substanciais serão abrangidas pelos exemplos das alíneas.

Aqui chegados, podemos afirmar que a jurisprudência europeia e, agora a Diretiva, qualificam como substanciais todas as modificações que alterem

⁴³ KRISTIAN HARTLEV/ MORTEN WAHL LILJENBØL, *Changes to Existing Contracts...* PP. 54 e 55

⁴⁴ Do preceito parece decorrer uma presunção *iuris et de iure*

elementos essenciais do contrato. Assim parece ter razão Pedro Gonçalves. Existe, de facto, uma conexão automática entre características substancialmente diferentes e alteração dos termos essenciais do contrato.

No entanto, nem todas as modificações em elementos essenciais do contrato obrigam a uma nova adjudicação. O mesmo é dizer que uma modificação substancial não é sinónimo de uma violação do Direito da Contratação Pública.

Dentro da modificação substancial é necessário distinguir entre modificações com carácter substancial que acarretam um novo procedimento pré-contratual e modificações substanciais que são permitidas pela Diretiva.⁴⁵

Por isso, torna-se necessário traçar uma linha que divida estes dois conceitos.

O critério fundamental para esta distinção é nos dado pela própria Diretiva. No considerando 109 da exposição de motivos da Diretiva 2014/24/UE, ao descrever uma das exceções à regra geral (modificação por circunstâncias imprevistas), o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia defendem que “é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar o contrato a essas circunstâncias sem um novo procedimento de contratação”. Todavia limitam essa flexibilidade quando “a modificação dê lugar a uma alteração da natureza global do contrato público” (sublinhado nosso). Apenas as modificações substanciais que afetem a natureza global do contrato requerem uma nova adjudicação.

O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia exemplificam, ainda no considerando 109, que se modifica a natureza global do contrato público quando se substitui “obras, fornecimentos ou serviços a adjudicar por algo diferente” ou quando se altere “profundamente o tipo de contrato”.

Desta definição transparece que o padrão de comparação não é o contrato, mas o procedimento pré-contratual. Deve-se atender aos elementos que

⁴⁵ No mesmo sentido, JAN BRODEC/VÁCLAV JANECEK, “ How Does The Substantial Modification of a Public Contract Affect its Legal Regime?” em Public Procurement Law Review, 2015, nº 3, P. 94

influenciaram de forma decisiva a composição do procedimento, nomeadamente a participação de concorrentes e o seu conteúdo.⁴⁶

Parece-nos seguro afirmar que, no primeiro caso, considera-se um contrato diferente quando a modificação tem autonomia suficiente para existir de forma isolada ou quando a alteração introduzida faça com que falte ao novo contrato uma conexão direta com o procedimento pré-contratual.⁴⁷ Quanto ao segundo grupo de situações, existirá uma alteração da natureza global do contrato quando, por hipótese, a entidade adjudicante adquira determinados bens móveis em vez de os alugar, conforme se previa no contrato adjudicado.

Deste modo, podemos concluir que existem três tipos de modificação dos contratos públicos:

- i. As modificações não substanciais;
- ii. As modificações substanciais permitidas (as que alteram elementos essenciais, mas que não afetam a natureza global do procedimento pré-contratual);
- iii. As modificações substanciais que requerem uma nova adjudicação (as que alterando elementos essenciais modificam a natureza global do procedimento)

Como vimos supra (Ponto 4), o legislador europeu preocupou-se mais em enunciar as exceções do que a regra. Por esse motivo, para uma definição correta de que modificações requerem uma nova adjudicação temos de atender às exceções.

Cabe agora analisar as modificações que são consideradas não substanciais e as modificações substanciais permitidas. É isso que faremos de seguida.

⁴⁶ ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, *La Modificación de los Contratos...*, PP.29 e 30

⁴⁷ OMER DEKEL, *Modification of a Government Contract...* P. 422

5- EXCEÇÕES

5.1 - Modificações Não Substanciais

A Diretiva autoriza a modificação do contrato desde que as alterações não ultrapassem certos limites.

O artigo 72º/2 da Diretiva prevê uma zona de segurança ao estabelecer que, sem a necessidade de examinar os critérios do artigo 72º/4, uma modificação não requer uma nova adjudicação desde que o valor da alteração seja inferior aos limiares da Diretiva (artigo 4º) e a 10% ou 15% do valor do contrato inicial, consoante a modificação incida sobre um contrato de serviços e fornecimentos ou um contrato de empreitada de obras.

Este artigo, que foi muito debatido durante as negociações e na apresentação da proposta de Diretiva,⁴⁸ parece, à primeira vista, uma regra de feição exclusivamente quantitativa. Contudo, o artigo 72º/2 também estabelece um limite qualitativo. As modificações abaixo dos valores enunciados não podem provocar uma alteração global do contrato. Esta exigência é relevante já que uma modificação, por mais mínima que seja, pode desvirtuar a concorrência.⁴⁹

Por isso, para que esta regra se possa aplicar é necessário que a modificação cumpra três requisitos:

- i. A alteração se possa expressar em termos monetários,
- ii. O seu valor se situe abaixo dos valores referidos,
- iii. Não altere a natureza global do contrato.

⁴⁸ Repare-se que na proposta referia-se um valor inferior a 5% do valor inicial do contrato (artigo 72º/4 da Proposta de Diretiva Do Parlamento Europeu e do Conselho)

⁴⁹ STEEN TREUMER, *Contract Changes...* P. 152

Há que ter ainda em atenção que, no caso de várias modificações sucessivas, o valor da modificação é avaliado com base no valor líquido acumulado das modificações sucessivas.

Por outro lado, esta regra funciona como uma regra *de minimis*,⁵⁰ pois uma alteração que seja superior aos valores previstos não fica automaticamente desqualificada como modificação substancial, carecendo de ser enquadrada numa das outras exceções para poder ser realizada sem a necessidade de uma nova adjudicação.⁵¹

5.2 – Modificações Substanciais Permitidas

As modificações substanciais permitidas são alterações que, apesar de incidirem sobre elementos essenciais do procedimento pré-contratual, não implicam uma nova adjudicação, dado que não afetam a natureza global do mesmo.

Assim, para que uma modificação substancial seja aceite é imperioso que a alteração se enquadre numa das situações previstas no artigo 72º/1 da Diretiva. A modificação integra um desses casos se:

- i. Estiver prevista nos documentos essenciais do procedimento em cláusulas de opção ou de revisão;
- ii. For necessária e inseparável, técnica ou economicamente, do contrato inicial;
- iii. For baseada em circunstâncias imprevisíveis;
- iv. Implicar uma modificação subjetiva, em circunstâncias muito específicas.

⁵⁰ Ou uma Presunção *iuris tantum*, ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, La Modificación de los Contratos..., P. 46

⁵¹ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, Uma Primeira Análise...II P. 169

5.2.1 - Cláusulas de opção ou de revisão

O primeiro caso que torna uma modificação substancial permitida é a previsão, nas peças do procedimento, dessas alterações em cláusulas de opção ou de revisão de forma clara, precisa e inequívoca.

Esta permissão visa dar uma maior flexibilidade à Administração de modificar o contrato pois, a previsão de tal cláusula, permite superar o problema da qualificação da alteração como substancial ou não, o que torna a margem de liberdade das partes maior do que aquela que se encontra prevista nas Diretivas.⁵²

Esta ampliação da margem de apreciação é, em princípio, aceitável, uma vez que, estando as cláusulas previstas desde o início do procedimento, elas já foram escrutinadas pela concorrência e já eram do conhecimento dos possíveis concorrentes na fase pré-contratual. Logo, estes tiveram a possibilidade de tomar em consideração a modificação no momento da escolha do cocontratante, encontrando-se ao mesmo nível que o concorrente vencedor.

Esta norma faz referência a dois tipos de cláusulas que o Direito da Contratação Pública tem vindo a distinguir. Por um lado às cláusulas de opções, que concedem um direito, à autoridade adjudicante, de comprar produtos ou serviços nos termos e nas condições previamente estabelecidas, ficando o cocontratante numa situação de sujeição, já que, uma vez exercida a opção, o cocontratante é obrigado a vender ou prestar os produtos ou serviços estabelecidos.⁵³ Por outro, às cláusulas de revisão, que permitem que as partes modifiquem o contrato em determinadas circunstâncias predefinidas.

Esta distinção é relevante já que as opções, apenas em casos extremos, distorcem a concorrência, enquanto as cláusulas de revisão, por implicarem uma

⁵² ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, *La Modificación de los Contratos...*, P. 33

⁵³ KRISTIAN HARTLEV/ MORTEN WAHL LILJENBØL, *Changes to Existing Contracts...* PP. 58 a 60

renegociação de certos elementos contratuais, podem colocar em risco os princípios da igualdade e da transparência.⁵⁴

Por causa desse espaço de renegociação, uma modificação, mesmo que prevista numa cláusula de revisão, pode ser considerada como uma modificação substancial não permitida.

Para evitar ter de analisar se uma alteração é substancial ou não, as autoridades adjudicantes devem inscrever cláusulas de revisão claras, precisas e inequívocas. A renegociação das cláusulas deve ser reduzida ao mínimo possível (idealmente apenas relativa a aspetos técnicos), devendo-se prever não só as condições fácticas que façam ativar a cláusula, mas também o método de execução da alteração, assim como o conteúdo da mesma obrigando as partes a antecipar e a prever todas as potenciais e futuras modificações.⁵⁵

Para lá destas exigências, o poder discricionário de modificação é ainda limitado pela impossibilidade de alteração da natureza global do contrato, conforme foi afirmado pelo TJUE no Acórdão *Succhi di Frutta*.⁵⁶

Apesar de a Diretiva admitir a modificação “independentemente do seu valor monetário”, o valor destas cláusulas acrescerá ao valor do contrato inicial (artigo 5º/1 da Diretiva) pois, só desta forma, é permitido aos operadores económicos saberem o possível valor do contrato.

Como veremos já de seguida, existe um grande espaço de liberdade para o uso de cláusulas de revisão ou de opção. Contudo, a amplitude dessa liberdade ainda carece de ser estabelecida. Os Tribunais nacionais e o TJUE têm de analisar, cuidadosamente, cada cláusula para não enfraquecer o dever de adjudicar um novo contrato perante uma modificação substancial não permitida.⁵⁷

O artigo 72º/1 a) consagra expressamente a possibilidade de inclusão de uma cláusula de revisão de preços. Porém, cláusulas que digam respeito ao conteúdo, à

⁵⁴ ISABEL GALLEGU CÓRCOLES, *La Modificación de los Contratos...*, P. 32

⁵⁵ RAFAEL DOMÍNGUEZ OLIVERA, *Modifications of Public Contracts em EPPPL*, 2015,1, P.40

⁵⁶ Vide supra Ponto 3.1

⁵⁷ STEEN TREUMER, *Contract Changes...* P.150

duração ou a mudanças da parte contratual também serão possíveis de ser inscritas no contrato.

5.2.1.1 - Cláusulas de revisão de preços

Num contrato, o preço é um dos elementos mais importantes. Portanto, a sua alteração, frequentemente, constitui uma modificação substancial não permitida, a não ser que seja uma alteração mínima e objetivamente justificável.⁵⁸

Em regra, uma modificação que beneficie o cocontratante não é admissível pelo TJUE. Contudo, se essa situação já estiver prevista nas peças do procedimento, de uma forma objetiva, pode ser possível que se altere o preço a favor do cocontratante sem haver necessidade de novo procedimento.

A cláusula de revisão de preço mais comum são as que fixam o preço de acordo com um determinado índice. Independentemente da variação que o índice sofra, o que influencia a subida ou a descida do preço contratual, as alterações serão sempre de acordo com o contrato, por isso admissíveis.

Mais difícil de analisar é a conformidade com a Diretiva de outras cláusulas, frequentemente utilizadas, como são as cláusulas de salvaguarda e de *benchmarking*.⁵⁹

Em princípio a primeira será de rejeitar. Nas cláusulas de salvaguarda (*hardship clauses*) existe uma renegociação do preço se ocorrerem circunstâncias imprevistas que alterem o equilíbrio contratual, sobrecarregando uma das partes do contrato. Ao existir uma renegociação já serão colocados em risco os princípios da concorrência e da transparência.

A previsão das cláusulas de *benchmarking* tem de ser muito bem detalhada para serem permitidas. Estas cláusulas visam ajustar o preço do contrato de acordo com o preço que os produtos ou serviços objetos do contrato são transacionados no

⁵⁸ Acórdão Pressetext

⁵⁹ KRISTIAN HARTLEV/ MORTEN WAHL LILJENBØL, Changes to Existing Contracts... PP. 62 e 63

mercado. Estas apenas serão admissíveis se delas se conseguirem identificar a forma como o preço é comparado, qual a entidade responsável pela comparação e qual o comportamento a adotar se não for possível apurar o preço do mercado.⁶⁰ Sem estes requisitos as cláusulas de *benchmarking* serão rejeitadas.

Assim, cláusulas que incidam sobre variação de preços podem ser permitidas. O mesmo já não ocorre sobre cláusulas que alterem o modo de pagamento, como vimos no Acórdão *Succhi di Frutta*,

5.2.1.2 – Cláusulas relativas ao conteúdo do contrato

As modificações pós-adjudicatórias mais habituais dizem respeito ao conteúdo do contrato. Este engloba, entre outras coisas, as características do contrato, os materiais utilizados e a qualidade e quantidade desses materiais.⁶¹

Um dos problemas discutidos tem sido os avanços tecnológicos que ocorrem durante a execução do contrato.

Na maioria dos casos, a mudança da tecnologia sobre a qual o contrato está baseado é considerada como uma modificação substancial não permitida.

As dúvidas adensam-se se inscrito no contrato tiver uma cláusula que obriga o cocontratante a migrar para as melhores tecnologias existentes no mercado (*best available technology clause*).

Apesar de as partes poderem considerar os avanços tecnológicos sem que isso configure uma renegociação dos termos essenciais,⁶² em princípio, uma cláusula deste género apenas permite a modernização da tecnologia base já utilizada no contrato em execução (por exemplo a atualização de um software).

Parece-nos que a alteração da tecnologia ou da técnica utilizada no contrato já implica uma modificação de elementos essenciais que afetam a sua natureza

⁶⁰ KRISTIAN HARTLEV/ MORTEN WAHL LILJENBØL, *Changes to Existing Contracts...* PP. 62

⁶¹ SUNE TROELS POULSEN, *The Possibilities of Amending a Public Contract Without a New Competitive Tendering Procedure Under EU Law*, em P.P.L.R. 2012, 5, PP.179 e ss.

⁶² Ponto 51 do Acórdão Comissão/França referido supra

global. Nessa circunstância, existe uma substituição do objeto adjudicado por outro diferente o que implica que a modificação terá de ser qualificada como substancial não permitida o que leva a uma nova adjudicação.

5.2.1.3 – Cláusulas relativas à duração do contrato

No que toca à duração do contrato existem dois tipos de cláusulas que são comuns. Nos contratos de duração indeterminada é frequente existirem cláusulas de não rescisão, nos contratos com termo certo é habitual estes terem uma cláusula de renovação, que prorrogam o prazo contratual.

Quanto às primeiras, decorre do Acórdão Presstext que são as circunstâncias do caso concreto que determinam se a renovação destas cláusulas requer uma nova adjudicação. O critério que se pode retirar do Acórdão parece ser que a renovação da cláusula constitui uma modificação substancial não permitida se existirem provas que, se não existisse essa cláusula, qualquer das partes teria terminado o contrato.⁶³

Quanto às segundas, as cláusulas de renovação, apenas cumprem as exigências europeias se se traduzirem numa opção, logo sem necessidade de renegociações, e têm de conter de forma clara, precisa e inequívoca a remuneração do cocontratante no período renovado e a indicação dos produtos ou serviços que este irá prestar.⁶⁴

5.2.1.4 - Cláusulas de substituição da parte contratual

Um dos elementos essenciais do Direito da Contratação Pública consiste na escolha do cocontratante. A entidade adjudicante não é livre de o escolher. A

⁶³ ADRIAN BROWN, When do Changes... P.259

⁶⁴ KRISTIAN HARTLEV/ MORTEN WAHL LILJENBØL, Changes to Existing Contracts... PP. 64

identidade da contraparte só é descoberta após um procedimento pré-contratual que obedece a regras estritas.

Por essa razão, é lógico que uma alteração de um sujeito contratual seja fortemente restringida. A aposição de uma cláusula que permita a substituição é uma das vias para superar essa restrição.

No entanto, se é certo que uma cláusula que modifique uma parte contratual é admissível, já a extensão dessa permissão é tudo menos clara.

Sem dar uma resposta definitiva, o TJUE têm-se regido por três fatores: preocupações com o mercado concorrencial e não discriminatório; igualdade de tratamento perante os operadores económicos; e balanço entre os interesses do contraente privado na execução do contrato e a prossecução do interesse público.⁶⁵

Do Acórdão Wall AG resultam novos elementos que devem ser tidos em consideração. Primeiro, a possibilidade de substituição do subcontratante ser considerada substancial. Até essa decisão, apenas a substituição de um dos contratantes implicava uma nova adjudicação. Segundo, a classificação como substancial de uma alteração apesar de esta já se encontrar prevista no contrato inicial. Ao contrário do que ficou estabelecido no Acórdão Presstext, a previsão de uma modificação nas peças do procedimento não exclui a possibilidade dessa alteração implicar um novo procedimento pré-contratual.⁶⁶

Apesar de ter ocorrido em circunstâncias especiais e, em princípio, não dever ser generalizada, esta decisão do TJUE faz com que as partes contratantes tenham de ter muito cuidado no desenho das suas cláusulas

Levando em conta estes fatores, o mais seguro será apenas admitir cláusulas que prevejam detalhadamente as situações em que essa possibilidade possa ocorrer, fazendo constar obrigatoriamente na cláusula as circunstâncias e os termos em que a alteração pode ter lugar.

⁶⁵ SUNE TROELS POULSEN, *The Possibilities of Amending a Public Contract Without a New Competitive Tendering Procedure Under EU Law*, em P.P.L.R. 2012, 5, PP.179 e ss.

⁶⁶ No ponto 40 do Acórdão Presstext dá-se como exemplo de uma modificação substancial permitida a alteração do subcontratante desde que prevista no contrato inicial.

5.2.2 - Modificações necessárias e inseparáveis do contrato inicial

A segunda situação que torna uma modificação substancial permitida é a necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares não incluídos no contrato, por parte do contratante original (artigo 72º/1 b) da Diretiva).

Todavia, esta modificação apenas não exigirá um novo procedimento nos casos em que a mudança do cocontratante (i) não possa ser efetuada por razões de ordem económica ou técnica, o que originaria incompatibilidades ou dificuldades desproporcionadas de utilização e manutenção e (ii) seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade adjudicante. Estes dois requisitos são cumulativos.⁶⁷

Esta alínea, que não se encontrava na proposta de Diretiva, foi inspirada nos artigos 31º/2 b) e 31º/4 b) da Diretiva 2004/18/UE, apresentando um campo de exceções mais alargado, já que algumas se apresentam mais flexíveis, como é o caso da inclusão de considerações económicas, e outras, pura e simplesmente, desapareceram, como as limitações temporais que existiam.⁶⁸

Para que uma modificação caiba neste preceito é indispensável que a prestação adicional resulte de uma necessidade nova ou de uma causa imprevista não imputável ao adjudicante, não se podendo aceitar que a mesma resulte de uma reavaliação do interesse público por razões de conveniência e oportunidade.⁶⁹ Exige-se, assim, que as circunstâncias, que sirvam de base à modificação, não sejam previsíveis no momento em que é lançado o procedimento pré-contratual.

⁶⁷ Esta exigência de cumulação dos requisitos não foi respeitada na transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico britânico (regulation 72 do Public Contracts Regulation), em clara violação do Direito Europeu. Mais desenvolvimentos em ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Modifications of Contracts During Their Term Under Reg. 72 Public Contracts Regulation 2015* (Consultável em howtocrackanut.blogspot.pt)

⁶⁸ STEEN TREUMER, *Contract Changes...* P.150 e 151

⁶⁹ ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação e os Trabalhos a Mais...* P. 102

Este pressuposto já foi colocado em causa.⁷⁰ No entanto, parece-nos que, pelo menos no âmbito da modificação dos contratos, ele terá de ser levado em linha de conta pois, no caso de se aceitar a possibilidade de a modificação se fundar numa circunstância conhecida ou previsível no início do procedimento, estar-se-ia a permitir à entidade adjudicante manipular o objeto contratual, frustrando assim os objetivos do procedimento pré-contratual⁷¹ com consequências, designadamente, ao nível do universo de concorrentes presentes no procedimento.

Por outro lado, apenas obras, serviços ou fornecimentos complementares serão modificações aceites. As prestações adicionais têm de ter uma identidade comum com o objeto contratual e não podem assumir uma autonomia técnica ou económica que permita a sua separação do objeto contratual.⁷² Dessa forma, apenas obras, serviços ou fornecimentos que sejam indispensáveis à realização do contrato adjudicado, sob pena da sua incompletude, tornam a modificação permitida.⁷³ Obras, serviços ou fornecimentos externos ao contrato que sejam aptos a ser executados de forma independente e, embora valorizando o contrato, não sejam necessários,⁷⁴ constituem modificações substanciais não permitidas.

Mesmo perante esta necessidade, para ser permitida a modificação do contrato inicial, a mudança de contratante terá de ser realizada devido a razões económicas ou técnicas e ser altamente inconveniente ou implicar uma duplicação substancial de custos para a autoridade adjudicante.

Para interpretar o conceito de "razões económicas ou técnicas" temos de nos socorrer da jurisprudência comunitária, no que toca à possibilidade de escolha do

⁷⁰ Apontando a supressão do requisito da imprevisibilidade das circunstâncias como " a novidade com maior relevância na regulação dos trabalhos a mais", Xavier Codina Garcia Andrade, Urgencia e Imprevisibilidad en la Contratación Publica em Revista Española de Derecho Administrativo nº163 abril/junho 2014 PP. 296 e 297

⁷¹ Com entendimento semelhante, ISABEL GALLEGU CÓRCOLES, La Modificación de los Contratos..., P. 36.

⁷² PAULO OTERO, Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas, em Revista da Ordem dos Advogados, Nº III – Ano 56, Lisboa, Dezembro de 1996;

⁷³ ANA GOUVEIA MARTINS, A Modificação e os Trabalhos a Mais... P. 105

⁷⁴ ANA GOUVEIA MARTINS, A Modificação e os Trabalhos a Mais... P. 105

procedimento por negociação em circunstâncias semelhantes, que tendencialmente tem seguido uma interpretação restritiva do conceito.⁷⁵

Semelhante interpretação terá de ser feita quantos aos conceitos "altamente inconveniente" e "duplicação substancial de custos". A modificação apenas será admissível em casos em que um novo procedimento faça incorrer a autoridade adjudicante em custos desproporcionados.

Como dissemos atrás, estes requisitos são cumulativos. À primeira vista, analisando as duas alíneas em conjunto a segunda poderá parecer redundante. Porém, parece-nos que o objetivo do legislador foi reforçar que apenas a duplicação de custos ou a inconveniência significativa permite a modificação. Uma mera duplicação de custos ou inconveniência gera uma nova adjudicação.⁷⁶

A estas exigências qualitativas juntam-se uma limitação quantitativa⁷⁷ e um requisito formal. A Diretiva dispõe que com a modificação o preço do contrato não pode exceder 50% do valor do contrato original. Caso haja uma cláusula de indexação, o valor de referência será o preço atualizado (artigo 72º/3 da Diretiva).⁷⁸ O artigo 72º/1 ainda dispõe que, nos casos em que a modificação é permitida através desta exceção, é obrigatório a publicação de um anúncio da alteração no Jornal Oficial da União Europeia.

Em todo o caso, a modificação será considerada substancial se a modificações sucessivas tiverem como fundamento evitar a aplicação das regras estabelecidas na Diretiva e, mesmo não se encontrando expressamente no artigo, se existir uma alteração da natureza global do contrato.⁷⁹ Como vimos, é este elemento

⁷⁵ Veja-se, como exemplo, o Acórdão do TJUE Comissão/Itália de 14/9/2004 Processo C-385/02 e o Acórdão do TJUE Comissão/Itália de 8/4/2008 Processo C-337/05.

⁷⁶ No mesmo sentido, ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, *La Modificación de los Contratos...*, P. 37. Contra TOTIS KOTSONIS, *Implementation of Directive 2014/24 Regulating the Modification and Termination of Contracts* em whoswholegal.com

⁷⁷ A limitação não se aplica nos contratos em setores especiais - Artigo 89º/1 b) da Diretiva 2014/25/UE

⁷⁸ Nos contratos de concessão, caso não haja uma cláusula de indexação atende-se à média da inflação do Estado-Membro da autoridade ou entidade adjudicante - Artigo 43º/3 da Diretiva 2014/23/UE.

⁷⁹ No mesmo sentido, ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, *La Modificación de los Contratos...*, P. 37.

que separa a modificação substancial não permitida da permitida. Se com as sucessivas modificações, o contrato inicial se transforma noutra contrato as regras da Contratação Pública estão a ser violadas exigindo, por isso, um novo procedimento.

5.2.3- Circunstâncias Imprevistas

A terceira exceção à regra é a necessidade de alteração decorrente de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não possa prever. (Artigo 72º/1 c) da Diretiva 2014/24/UE).

Comparando com a alínea b) esta norma é muito mais ampla, visto que acolhe qualquer tipo de modificação e não apenas obras, serviços ou fornecimentos complementares,⁸⁰ consagrando, assim, o instituto da alteração das circunstâncias.

O considerando 109 à Diretiva ajuda-nos a encontrar uma definição para o conceito de "circunstâncias imprevisíveis". Nele podemos ler que esse conceito se refere "a factos que a autoridade adjudicante não podia prever, apesar de ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível". Esta definição impõe uma interpretação muito restritiva do conceito de imprevisibilidade temperada com preocupações com os elementos subjetivos e as características específicas do contrato em execução.

A definição faz ainda referência à atuação razoavelmente diligente que a entidade adjudicante tem de ter durante o procedimento. Essa ressalva exclui desta norma as circunstâncias que não eram previsíveis por avaliações defeituosas da entidade adjudicante.⁸¹

⁸⁰ STEEN TREUMER, Contract Changes... P.151

⁸¹ OMER DEKEL, Modification of a Government Contract... P. 406

Para além de se basear em circunstâncias imprevisíveis, nos termos acima expostos, para ser permitida, a modificação não pode alterar a natureza global do contrato nem aumentar o preço do contrato para lá dos 50% do valor original.⁸²

Tal como na alínea b), a estes requisitos se junta a obrigação das entidades adjudicantes de publicitarem a modificação no Jornal Oficial da União Europeia.

Coloca-se a questão de saber se as alterações por facto do príncipe (*fait du prince*)⁸³ também se enquadram neste regime. O problema surge por ser a Administração a praticar o ato que tem impacto sobre a execução do contrato. Nesse sentido, poder-se-ia alegar que a entidade adjudicante deveria ter previsto a alteração e, por não ter sido diligente, o facto já não podia ser considerado imprevisível.

Da nossa parte, essa tese não merece aprovação. Da leitura do preceito, e do considerando respetivo, não se retira nenhuma distinção entre a origem interna ou externa da circunstância imprevista.⁸⁴ Também a jurisprudência europeia tem entendido que um ato jurídico de carácter geral, logo estranho à relação contratual, pode ser qualificado como uma circunstância imprevista.⁸⁵

5.2.4 - Modificação Subjetiva

A extensa lista de exceções fornecida pela Diretiva continua na alínea d) do artigo 72º/1.

Este preceito trata da modificação subjetiva. Aí se prevê que a substituição do cocontratante pode ocorrer por três vias:

- i. Por cláusula de revisão ou opção;

⁸² Mais uma vez o limite qualitativo não se aplica aos contratos nos setores especiais.

⁸³ Para mais desenvolvimentos sobre a figura, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRE SALGADO MATOS, *Direito Administrativo...*, P.421 e ss; MARIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, P.835 e ss.

⁸⁴ Com o mesmo entendimento, ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, *La Modificación de los Contratos...*, P. 44.

⁸⁵ Acórdão do TGUE Comissão/Espanha de 31/01/2013 Processo T-235/11

- ii. Por transmissão universal ou parcial na sequência de operações de reestruturação ou de insolvência;
- iii. Por assunção pela própria autoridade adjudicante das obrigações do cocontratante com os seus subcontratantes.

5.2.4.1 - Cláusula de revisão ou opção – Remissão

A primeira forma de substituir o cocontratante, evitando o recurso a um novo procedimento, é inscrever no contrato uma cláusula que preveja essa situação.

Não se compreende a existência desta previsão.⁸⁶ As hipóteses que esta norma visa acautelar já se encontram salvaguardadas pela alínea a) do artigo 72º/1 da Diretiva. Existindo, deste modo, uma duplicação desnecessária de normas.

Por essa razão, remetemos para o que dissemos atrás sobre as Cláusulas de revisão ou de opção (Ponto 6.2.1)

Apenas fazemos uma breve nota para chamar a atenção que, apesar de a norma ser omissa nessa parte, também na substituição do adjudicatário por via da cláusula de revisão ou opção, o operador económico que o substitua tem, obrigatoriamente, de cumprir os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, conforme obriga o artigo 72º/2 d) ii). Caso contrário, estaríamos perante uma infração grave das obrigações impostas pelos Tratados e pela Diretiva que obriga à rescisão do contrato por via do artigo 73º c).

5.2.4.2 - Transmissão universal ou parcial na sequência de operações de reestruturação ou de insolvência

O inciso segundo da alínea d) do artigo 72º/1 da diretiva trata de dois casos de modificação subjetiva: operações de reestruturação e situações de insolvência.

⁸⁶ De resto, esta norma não existia na proposta de Diretiva. Defendendo posição contrária, Abby Semple/Marta Andrecka, Classification, Conflicts of Interest and Change of Contracts, em EPPPL 2015 n. 3 P. 185.

Através desta norma permite-se a transmissão universal ou parcial da posição do contraente inicial, na sequência das duas operações referidas, desde que o novo cocontratante satisfaça os critérios de seleção qualitativa estabelecidos no procedimento, não surjam outras modificações substanciais não permitidas e que a operação não se destine a contornar as regras presentes na Diretiva.

Começando pela reestruturação, estas operações podem configurar reorganizações internas, Ofertas Públicas de Aquisição (OPA) ou fusões e aquisições.⁸⁷

No Acórdão Pressetext, o TJUE deliberou que as reorganizações internas não constituem modificações substanciais, mesmo que isso implique uma substituição do sujeito contratual (Pontos 45 e 46 da decisão).

Em relação às OPAs, resulta da própria natureza de sociedade cotada em bolsa, que a composição dos seus acionistas possa mudar a qualquer momento.⁸⁸ Deste modo, existe uma alteração na propriedade das ações do operador económico mas este permanece como sujeito contratual. Esta flexibilidade na transmissão de ações pode ser limitada nas peças do procedimento, quando se considere essencial a estabilidade societária para o desempenho contratual, ou em casos em que a alteração societária possa ser considerada como fraude à lei.⁸⁹

Nas fusões e aquisições, o cocontratante deixa de existir passando a integrar a sociedade compradora ou uma nova empresa. Se o novo cocontratante assumir todos os direitos e obrigações da empresa descontinuada presume-se que a transferência do contrato se efetuou da mesma forma que o ativo e o passivo, não se exigindo uma nova adjudicação.⁹⁰

Já quanto aos casos de insolvência, a norma é inovadora e bastante relevante, na medida em que resolve a incerteza jurídica que existia sobre a questão.

⁸⁷ Considerando 110 da Diretiva 2014/24/UE

⁸⁸ Acórdão Pressetext Parágrafo 51

⁸⁹ RAFAEL DOMÍNGUEZ OLIVERA, *Modifications of Public Contracts em EPPPL*, 2015,1, P.44

⁹⁰ KRISTIAN HARTLEV/ MORTEN WAHL LILJENBØL, *Changes to Existing Contracts...* PP. 67

Ao contrário dos entendimentos dos tribunais nacionais de importantes Estados-Membros (Alemanha, França e Itália),⁹¹ a nova Diretiva consagra a possibilidade de substituição do cocontratante insolvente sem a exigência de uma nova adjudicação.

Esta previsão confere uma permissão ao Administrador de Insolvência de vender os contratos públicos adjudicados à empresa a outros operadores económicos.

O fundamento para esta exceção prende-se com o facto de existir um interesse público em assegurar aos credores do insolvente a possibilidade de obterem o maior valor possível dos ativos da empresa.⁹²

No entanto, a substituição do contraente inicial apenas será aceite se cumprir os três requisitos anteriormente referidos: o novo cocontratante satisfaça os critérios de seleção qualitativa estabelecidos no procedimento, não surjam outras modificações substanciais não permitidas e que a operação não se destine a contornar as regras presentes na Diretiva.

Quanto ao primeiro requisito não existem grandes dúvidas. O novo contraente tem de cumprir os critérios de capacidade técnica e financeira exigidos nas peças do procedimento.

Em relação à segunda exigência, da alteração não decorrer outras modificações substanciais não permitidas, esta terá de ser interpretada de forma restrita. No âmbito da insolvência, coloca-se o problema de o operador económico agora insolvente celebrar contratos de baixo custo que não cobriam os riscos associados. Um outro concorrente terá dificuldades em aceitar um contrato que tenha dado prejuízo, sem realizar algumas modificações, nomeadamente no preço.

O artigo 72º/1 d) ii) é sensível a essa necessidade, concedendo alguma margem para existirem modificações não substanciais. O problema coloca-se quanto às modificações substanciais. Num quadro de grande incerteza, a resposta

⁹¹ Mais desenvolvimentos em STEEN TREUMER, Transfers of contracts covered by the EU Public Procurement Rules After Insolvency, em Public Procurement Law Review 2014, n. 1, P.22

⁹² SUNE TROELS POULSEN, The Possibilities ... P.186

mais segura é negar esse tipo de alteração. Todavia, seria aconselhável permitir, com exigentes limites, algumas modificações substanciais, sob pena da entidade adjudicante ter muitas dificuldades em encontrar um novo cocontratante, o que tornaria esta possibilidade de modificação obsoleta.⁹³ Assim pequenos ajustes no preço ou no prazo contratual, desde que diretamente ligados à insolvência, deverão ser admitidos.

No último requisito, a dúvida reside em determinar quando a operação tem por objeto contornar as regras da Diretiva. Pensamos que não se cumprirá essa exigência quando a modificação esteja especialmente dirigida a adjudicar o contrato público a outro operador económico.⁹⁴ Quando uma reestruturação societária seja, na prática, uma cessão do contrato, como acontece quando o objeto da sociedade é apenas executar um contrato público, deve-se considerar a modificação como substancial não permitida.⁹⁵

Por via do artigo 19º/2 da Diretiva 2014/24/UE, este regime também se aplica aos agrupamentos de operadores económicos. Esta exceção permite, em caso de insolvência de um dos membros do consórcio, que os restantes membros continuem a execução do contrato. Já em situações de operações de reestruturação, apenas a fusões e aquisições ou situações puramente internas se encontram cobertas pela exceção, já que permitir a entrada de totalmente novos operadores económicos no consórcio iria provocar uma distorção na concorrência.⁹⁶

5.2.4.3 - Assunção das obrigações do cocontratante perante os subcontratantes

O último caso de modificação subjetiva permitida é a possibilidade da entidade adjudicante assumir as obrigações que o seu cocontratante se vinculou perante os seus subcontratantes.

⁹³ Com o mesmo entendimento, STEEN TREUMER, *Transfers of contracts...* PP. 29 e 30

⁹⁴ ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, *La Modificación de los Contratos...*, P. 50

⁹⁵ RAFAEL DOMÍNGUEZ OLIVERA, *Modifications of Public Contracts* P. 44

⁹⁶ STEEN TREUMER, *Contract Changes...* P.154

Esta norma tem o mérito de deixar claro que a verificar-se essa situação as regras da Contratação Pública não obrigam a um novo procedimento.⁹⁷ Desde que esteja previsto em legislação nacional, a modificação é permitida.

5.2.5 - O mistério da alínea e) do artigo 72º/1

A última exceção elencada pelo artigo 72º/1 diz respeito às modificações não substanciais. Determina a alínea e), que não será necessário um novo procedimento de contratação quando “as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais na aceção do n.º 4”. Esta referência ao número 4 implica a remissão para os critérios que definem uma alteração como substancial.⁹⁸

À primeira vista, este preceito consagra uma espécie de cláusula residual para os casos que não preenchem os critérios presentes no número 4 e que não cabem em nenhuma das outras exceções presentes nos números 1 e 2 do artigo 72º.

Contudo, esta interpretação encontra dificuldades na conjugação com a regra presente no número 5, que dispõe que a modificação de disposições de um contrato público obriga a um novo procedimento.

Podíamos ver nesta cláusula residual uma autorização para quaisquer modificações, desde que estas não sejam substanciais.⁹⁹ Nesse caso, a exceção consumia a regra.

Não cremos. Desde logo por causa da forma como está redigido todo o artigo. Já criticámos o facto de a regra só aparecer no último número, porém da leitura do preceito transparece a preocupação do legislador comunitário em delimitar, de forma muito aprofundada, as situações em que uma modificação não acarreta uma nova adjudicação. Se se quisesse que a Diretiva consagrasse uma autorização que permitisse toda a modificação desde que não substancial, a lógica ditaria que a redação fosse a oposta, uma disposição geral a permitir as alterações

⁹⁷ STEEN TREUMER, *Contract Changes...* P. 151

⁹⁸ Vide Ponto 5.2

⁹⁹ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos* P. 573

e os números seguintes a indicarem todas as situações em que uma alteração era considerada substancial. Ora, ocorre, precisamente o contrário.

A este argumento junta-se outro, de maior relevância, que se prende com as razões de fundo que levaram ao surgimento da doutrina da modificação substancial. As regras da Contratação Pública sempre tiveram uma grande preocupação na defesa dos princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, de modo a concretizar o modelo de mercado único.¹⁰⁰ Por isso, foram criados procedimentos pré-contratuais que ao mesmo tempo que permitiam ao ente público obter a melhor proposta possível pelo preço mais baixo possível, salvaguardavam essas traves mestres que regem as Diretivas Comunitárias. A jurisprudência europeia desenvolveu a ideia que a liberdade de modificação na fase de execução podia comprometer os fins do procedimento pré-contratual e, por consequência, os princípios que ele visa defender. Por essa razão, a possibilidade de se efetuarem alterações aos contratos durante a execução dos mesmos foi restringida, com o objetivo de assegurar que o contrato que é executado é o mesmo que aquele que foi adjudicado. A consagração de uma autorização que permita a modificação na generalidade dos casos seria o oposto da ideia até agora defendida.

Tendo em conta estes factos, tendemos em considerar que a alínea e) do artigo 72º/1 não passa de um mero equívoco. Nesta norma, o legislador quis dizer o mesmo que já resulta da regra do número 5¹⁰¹, sendo por isto uma norma desnecessária que pode provocar equívocos com implicações profundas na aplicação do regime.

¹⁰⁰ Sobre os princípios gerais da Contratação Pública, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, 2014, PP. 175 e ss.

¹⁰¹ Com entendimento semelhante, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, Uma Primeira Análise...II P.168

5.3 - Consequências de uma modificação substancial

A qualificação de uma alteração como substancial não é apenas uma questão teórica. Com ela, vêm ancoradas diversas consequências não só ao nível da Contratação Pública como também nos aspetos do próprio contrato.

5.3.1 - Ao nível da Contratação Pública

Como já deixámos expresso ao longo de toda a dissertação, uma modificação substancial acarreta o lançamento de um novo procedimento pré-contratual com intuito de se adjudicar um novo contrato. Ainda assim, esse não é o único efeito que se produz devido a qualificação.

Antes das Diretivas de 2014, a qualificação como substancial levava a modificação a ser considerada como uma adjudicação ilegal por falta de anúncio do procedimento, o que permitia ao TJUE declarar a ineficácia da alteração.¹⁰²

Atualmente, o artigo 73º a) da Diretiva 2014/24/UE impõem um dever, à entidade adjudicante, de pôr termo ao contrato quando se verifique que a modificação requer uma nova adjudicação. O próprio clausulado do contrato deve conter esse dever, assim como os Estados-Membros devem consagrá-lo em lei.¹⁰³

O grande problema surge quando esse dever é incumprido. As Diretivas de 2014 são omissas nesse ponto.¹⁰⁴

Ao não rescindir o contrato, a entidade adjudicante atribui de forma ilegal um contrato público. A adjudicação ilegal é uma das violações mais graves do

¹⁰² GABRIELLA M. RACCA/ROBERTO CAVALLO PERIN, Material Amendments of Public Contracts During Their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption, em EPPPL, 2013 nº 4 P. 283

¹⁰³ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, Uma Primeira Análise...II P.169 e considerando 112 da Diretiva 2014/24/UE

¹⁰⁴ MARI ANN SIMOVART, Old Remedies for New Violations? The Deficit of Remedies for Enforcing Public Contract Modification Rules, em Upphandlingsrättslig Tidskrift 2015 nº1 P.34

direito da União Europeia, o que leva as Diretivas Recursos¹⁰⁵ a sancionarem tal adjudicação com a ineficácia (artigo 2º-D a) da Diretiva 89/665).

O mesmo ocorrerá com uma modificação substancial. Caso a sua legalidade seja sindicada judicialmente, ela terá de ser considerada ineficaz pelos tribunais nacionais por violação do Direito da União Europeia. A Diretiva Recursos remete para os legisladores nacionais a definição do desvalor jurídico e o prazo para a interposição do recurso (artigo 2º-D/2 e 2º-F/1 da Diretiva 89/665).¹⁰⁶ Após o decurso do prazo, a modificação consolida-se na ordem jurídica. A privação de efeitos pode não ser decretada se o Tribunal entender que existem razões de interesse público que exijam a manutenção do contrato. (artigo 2º-D/3).

5.3.2 - Ao nível do próprio contrato

A modificação de elementos essenciais do contrato demonstra a intenção das partes de renegociar os termos ou condições essenciais desse mesmo contrato.¹⁰⁷

Esta intenção produz efeitos sobre o conteúdo contratual. Jan Brodeck e Václav Janecek¹⁰⁸ fazem uma interessante comparação entre um contrato que acolhe uma modificação substancial e o instituto da novação do Direito Civil.

De facto, a novação consiste na extinção de uma obrigação mediante a constituição de uma outra.¹⁰⁹ Segundo o Direito português, esta pode assumir duas modalidades. A novação objetiva, que substitui uma obrigação por outra,

¹⁰⁵ Diretiva 89/665/CEE de 21 de dezembro de 1989 e Diretiva 92/13/CEE de 25 de fevereiro de 1992, com as alterações introduzidas pelas Diretivas 2007/66/CE e 2014/23/UE

¹⁰⁶ O legislador português definiu como desvalor a anulabilidade (artigo 283º-A do CCP) e o prazo de 6 meses para a interposição da ação (artigo 77-B do CPTA). Sem prejuízo, do contrato ser considerado nulo por preterição total do procedimento de acordo com o artigo 284º/2 do CCP conjugado com a nova previsão do artigo 161º/2 do CPA.

¹⁰⁷ Considerando 107 da Diretiva 2014/24/UE e Ponto 34 do Acórdão Presetext

¹⁰⁸ JAN BRODEC/VÁCLAV JANECEK, “How Does the Substantial Modification...” PP. 97 e ss.

¹⁰⁹ ANTONIO MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português II, Tomo IV, P. 367

mantendo-se as partes e a novação subjetiva, em que ocorre a substituição de uma das partes que fica vinculada a uma nova obrigação.¹¹⁰

Transpondo este instituto para a Contratação Pública, em especial para a doutrina da modificação substancial, o TJUE tem entendido que ao efetuarem uma modificação substancial as partes demonstram a intenção de renegociar o contrato, o que faz preencher o requisito *do animus novandi*.

Assim sendo, a modificação de um elemento essencial leva ao surgimento de um novo contrato. Este novo contrato apenas coincidirá nas disposições contratuais originais nos pontos expressamente aceites pelas partes na modificação. Todas as cláusulas que não sejam objeto de acordo serão excluídas do novo contrato.¹¹¹

¹¹⁰ Artigo 857º e 858º do Código Civil

¹¹¹ JAN BRODEC/VÁCLAV JANECEK, “How Does The Substantial Modification...” P. 100

**PARTE III:
OS PROBLEMAS QUE SUBSISTEM
E VIAS DE RESOLUÇÃO**

6 - MECANISMOS DE CONTROLO

O grande problema na teoria da modificação substancial de um contrato público é a falta de publicidade da modificação, o que torna difícil os terceiros tomarem conhecimento da mesma. Esta dificuldade constitui um obstáculo à impugnação judicial do contrato que contenha uma modificação não conforme às regras da Contratação Pública. Apenas em relação às modificações por necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares e às alterações por circunstâncias imprevistas, a Diretiva impõe a obrigação às entidades adjudicantes de publicarem um anúncio no Jornal Oficial Da União Europeia, ficando as autoridades adjudicantes dispensadas dessa obrigação quanto às restantes modificações.

Como vimos, recai sobre a entidade adjudicante um dever de rescisão do contrato quando este tenha sido objeto de uma modificação substancial. Todavia, a decisão de rescindir acarreta consequências nefastas ao contraente público. Desde logo, a extinção unilateral do contrato implica a necessidade de um novo procedimento, o que requer mais tempo e dinheiro despendido pela autoridade adjudicante. Provoca ainda um significativo atraso na execução do contrato, para além de envolver o risco de ter de se compensar financeiramente o operador económico.¹¹²

Por causa destas razões será expectável que esse dever seja poucas vezes cumprido. Por seu turno, também não será o cocontratante a pedir a anulação do contrato pois isso não traz qualquer vantagem para os seus interesses.

Assim, terá de ser alguém fora da relação contratual a acompanhar a execução do contrato.

A criação de uma entidade reguladora independente, como existe noutras atividades, com o fim de supervisionar todos os contratos seria impraticável, devido não só ao grande número de contratos que vigoram, mas também por causa da

¹¹² OMER DEKEL, Modification of... P. 407

variedade e especificidades de cada um. Estas particularidades impedem que apenas uma entidade supervisione a totalidade dos contratos. Por isso, pugnamos pelo incremento da responsabilização, na fase de execução, dos concorrentes preteridos nos procedimentos contratuais.

A modificação substancial quebrou a fronteira que existia no Direito Europeu entre a fase pré-contratual e a fase de execução. A visão tradicional de que a concorrência era assegurada plenamente com o procedimento pré-contratual e que a adjudicação transformava o contrato num assunto do exclusivo interesse das partes, acabou.¹¹³

Com essa evolução, os concorrentes preteridos podem e devem assumir um papel mais relevante no escrutínio do modo de execução dos contratos. Esses concorrentes são os mais bem preparados, com mais conhecimentos técnicos e com maior interesse em assegurar que o melhor contrato prometido é o melhor contrato efetivo.

No entanto, terá que ser dada uma contrapartida aos concorrentes preteridos de modo a tornar eficaz essa supervisão.

Na Contratação Pública Europeia, as propostas são avaliadas por diversos critérios e subcritérios que resultam num *ranking* onde elas são ordenadas de acordo com o seu mérito. Nesse sentido, é possível saber que proposta ficou em primeiro lugar, segundo, terceiro e assim sucessivamente. Este *ranking* pode ser alterado, após a adjudicação, nos casos em que se verifique judicialmente a existência de alguma ilegalidade.

A manutenção de um contrato em que ocorreu uma modificação substancial que não respeite as regras da Contratação Pública, deverá obrigar à alteração da graduação de propostas com base nessa ilegalidade. Tendo isto em conta, seria benéfico, para uma supervisão mais operativa que as peças do procedimento, ou a própria lei, previssessem a possibilidade de os concorrentes preteridos poderem,

¹¹³ GABRIELLA M. RACCA/ROBERTO CAVALLO PERIN, *Material Changes in Contract Management...* P. 266

progressivamente, substituir o cocontratante em caso de modificação substancial não permitida, desde que cumpram as condições exigidas no contrato original.¹¹⁴

Desta forma, existiria uma maior responsabilização de todos os envolvidos. Da entidade adjudicante que, caso queira um novo contrato, tem de exercer o seu dever de terminar o contrato; do cocontratante que, ao aceitar a alteração substancial não permitida, arrisca-se a ser punido com a retirada do contrato; e dos concorrentes preteridos, que ganham um estímulo para estarem atentos à execução do contrato.

¹¹⁴ Tal como já prevê o Código dos Contratos Públicos italiano para os casos de falhas imputáveis ao empreiteiro ou para violações materiais do contrato, artigo 140º/1 do *Codice dei Contratti Pubblici* aprovado pelo decreto legislativo 12 de abril de 2006, nº 163

7- O IMPACTO NO DIREITO NACIONAL: PISTAS PARA A TRANSPOSIÇÃO

As novas Diretivas da Contratação Pública vão obrigar o legislador português a repensar o regime da modificação dos contratos.

O Estado Português tem até dia 18 de abril de 2016 para aprovar as medidas legislativas destinadas a harmonizar o nosso ordenamento jurídico interno com as novas regras comunitárias. Nesse sentido, já foi nomeado pelo Governo, através do despacho 2969/2015¹¹⁵, do dia 17 de março de 2015, um grupo de trabalho para proceder à elaboração do anteprojeto do Código dos Contratos Públicos. Este grupo teria de apresentar um anteprojeto de diploma até ao dia 31 de maio de 2015. O grupo de trabalho remeteu ao Ministério da Economia uma proposta de revisão do diploma, mas não são conhecidos mais desenvolvimentos.

Por isso, e para finalizarmos a nossa dissertação, gostaríamos de deixar algumas sugestões sobre a forma de transpor, para a ordem jurídica nacional, a doutrina da modificação substancial.

O Código dos Contratos Públicos já contém normas sobre a modificação contratual. Elas encontram-se divididas por um regime geral (artigos 311º a 315º) e por um regime específico dos contratos de empreitada (artigos 370º a 382º).

Estas normas já acolhem algumas das soluções desenvolvidas pela jurisprudência comunitária.¹¹⁶ Desse modo, o nível de intervenção do legislador pode ser agrupada em três níveis:

- i. Meras alterações ao nível dos conceitos;
- ii. Precisões em certas disposições;
- iii. Inovações.

O nível de intervenção mais simples reporta-se a algumas mudanças linguísticas impostas pela Diretiva. Constituem exemplos deste grupo, a

¹¹⁵ Publicado no *Diário da República*, 2ª Série, nº 58, de 24 de março de 2015.

¹¹⁶ Atente-se, por exemplo, ao artigo 313º do CCP e a sua preocupação com a concorrência

substituição da expressão “alteração anormal e imprevisível” das circunstâncias (artigo 312º) pela locução utilizada na Diretiva “circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente não possa prever”; a substituição do vocábulo “alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato” (artigo 311º/1) por “alteração da natureza global do contrato”; e do conceito de “trabalhos a mais” (artigos 370º e seguintes) pela proposição “obras, serviços ou fornecimentos complementares”. Estas mudanças permitem uma maior clareza na interpretação dos conceitos.

O segundo nível relaciona-se com certas precisões que tem de ser feitas. Cabem neste agrupamento a atualização dos limites quantitativos à modificação (artigo 370º/1 c) que passa para 50% do valor do contrato original, com a possibilidade de várias modificações); a unificação dos regimes dos trabalhos a mais e dos trabalhos de suprimento de erros e omissões, conformando-o com o Direito Europeu¹¹⁷; bem como a possibilidade de substituição do adjudicatário por transferência da totalidade ou de parte significativa das ações.¹¹⁸

O terceiro e último nível é o que requer mais minúcia, já que são várias as inovações que carecem de ser introduzidas no CCP.

Começando logo pelo âmbito objetivo. O regime da modificação passa a abranger todos os contratos públicos e também os acordos quadros.

Desejamos que o legislador nacional, ao transpor a Diretiva, não siga as pisadas do seu homónimo europeu e, de modo a simplificar a tarefa do intérprete do Direito, comece o regime da modificação contratual a enunciar a regra “As modificações substanciais implicam uma nova adjudicação”.

Após o estabelecimento da regra, deve-se seguir a densificação do conceito de modificação substancial consagrando os quatro critérios do artigo 72º/4 da Diretiva, bem como a cláusula residual presente no mesmo artigo.

¹¹⁷ ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação e os Trabalhos a Mais...* P. 111

¹¹⁸ Que já resulta implicitamente do artigo 323º do CCP.

Seguindo-se as exceções, que permitem desqualificar uma alteração como substancial. Começando pela "zona de segurança" do artigo 72º/2 da Diretiva e prosseguindo com as restantes situações constantes das alíneas do artigo 72º/1, excetuando a alínea e) por ser desnecessária.

Outra das inovações que tem de ser inserida no CCP é o dever da entidade adjudicante de rescindir o contrato caso ocorra uma modificação substancial.

Como vimos, a doutrina da modificação substancial também tem implicações diretas no direito adjetivo. Em Portugal, a última revisão do Código de Processo dos Tribunais Administrativo¹¹⁹ já acolheu essas inovações, nomeadamente, ao nível da legitimidade processual (artigo 77-A f) e g) do CPTA) e ao nível do prazo para interposição da ação (artigo 77-B/2 do CPTA).

Apesar de a transposição de uma diretiva significar uma opção política e, com isso, escolhas, também elas políticas¹²⁰, deve-se garantir o essencial: restringir fortemente a possibilidade de se proceder a uma modificação contratual durante a fase de execução do contrato, admitindo-a apenas em situações pontuais que têm sido admitidas pela jurisprudência comunitária.

¹¹⁹ Decreto-Lei 214-G/2015 de 2 de outubro

¹²⁰ MARCO CALDEIRA, Breves Reflexões Sobre a Transposição das Diretivas de Contratação Pública de 2014: Precisaremos de um Novo Código Dos Contratos Públicos?, em Revista e-pública, nº 5, 2015, P. 6

CONCLUSÃO

Com a presente dissertação pretendemos fornecer orientações sobre a forma de interpretar os critérios para qualificar uma modificação como substancial, de maneira a facilitar a sua aplicação no caso concreto.

Para isso, vimos, na Parte I que, no âmbito da modificação dos contratos públicos, o centro do debate deslocou-se da modificação unilateral para a alteração por acordo entre as partes, sobrepondo-se as preocupações concorrenciais à salvaguarda dos interesses do cocontratante. Nesse sentido, o regime da modificação encontra-se atualmente num dilema. Temos o interesse público e o dever de boa administração, por um lado, que obrigam o ente público a desenvolver todos os esforços para alcançar, da melhor forma, o bem comum. Por outro lado, temos a defesa da concorrência, que em certos casos, pode paralisar os primeiros.

Analisámos a forma como a jurisprudência tem evoluído nesta matéria. Na origem, o critério utilizado era o da continuidade do contrato, passando depois à aplicação dos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade entre proponentes, configurados para a fase pré-contratual, na fase da execução e centrámo-nos no critério atualmente aplicado, o critério da modificação substancial, “Alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato (...) quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, consequentemente, suscetíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato”.

Na Parte II, começámos por ver que a modificação de um contrato pode assumir várias formas e diversos tipos, podendo esta ser feita de modo explícito ou implícito.

Qualificam-se como substancial as modificações que alteram o núcleo essencial do contrato. A jurisprudência europeia e a nova Diretiva preenchem o conceito de núcleo essencial do contrato de forma semelhante, classificando como essencial um elemento de acordo com a importância que teve no procedimento pré-

contratual e o valor que tem para a concorrência. Por causa disso, dizemos que o conceito de modificação substancial pode ter dois significados. Por um lado, reconduz-se a um dos exemplos do artigo 72º/4 da Diretiva. Por outro, de mais difícil aplicação, pode referir-se a modificações que alteram significativamente o contrato, tornando-o num contrato materialmente diferente do celebrado inicialmente.

No entanto, nem todas as modificações em elementos essenciais do contrato obrigam a uma nova adjudicação. O mesmo é dizer que uma modificação substancial não é sinónimo de uma violação do Direito da Contratação Pública.

Pensamos que são concebíveis três tipos de modificação: (i) As modificações não substanciais, que não interferem nos elementos principais do contrato; (ii) as modificações substanciais permitidas, aquelas que alteram elementos essenciais, mas que não afetam a natureza global do procedimento pré-contratual; e (iii) as modificações substanciais que requerem uma nova adjudicação, que são as que alterando elementos essenciais modificam a natureza global do procedimento.

Uma modificação presume-se, por defeito, como exigindo uma nova adjudicação. Apesar disso, existem exceções que infirmam essa presunção.

É o caso de alterações que não ultrapassam os limiares das Diretivas e 10% ou 15% do valor do contrato inicial. Estas modificações são consideradas não substanciais.

Existem ainda, modificações que apesar de alterarem elementos essenciais não carecem de nova adjudicação, uma vez que não afetam a natureza global do procedimento pré-contratual. São as modificações substanciais permitidas.

Afeta-se a natureza global do contrato público quando se substitui “obras, fornecimentos ou serviços a adjudicar por algo diferente” ou quando se altere “profundamente o tipo de contrato”. As Diretivas apresentam alguns exemplos de modificações substanciais permitidas. São os casos de habilitação expressa da alteração no contrato, através de uma cláusula de revisão ou de opção; de modificações necessárias para a prossecução do interesse público mas que são

inseparáveis do contrato inicial; de circunstâncias imprevistas, restringindo-se estas apenas a factos que a autoridade adjudicante não possa prever, apesar de preparar a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente; e de modificações subjetivas, que podem ocorrer por transmissão universal ou parcial da propriedade do cocontratante na sequência de operações de reestruturação ou de insolvência ou por assunção pela própria autoridade adjudicante das obrigações do cocontratante com os seus subcontratantes.

A qualificação de uma modificação como substancial tem repercussões ao nível da Contratação Pública bem como nos aspetos do próprio contrato. No primeiro caso, surge um dever para a entidade adjudicante de rescindir o contrato e lançar um novo procedimento. Já no segundo caso, existe uma novação contratual o que obrigará as partes a aceitarem expressamente todos os pontos do novo contrato, sob pena de partes importantes do contrato primitivo serem excluídos do novo contrato.

Na Parte III ensaiámos uma solução para, aquele que consideramos, o maior problema da doutrina da modificação substancial: a falta de publicidade da alteração. Pensamos que se deverá confiar aos concorrentes preteridos a supervisão da execução do contrato, dando-lhes, como contrapartida, a possibilidade de substituir o cocontratante caso se verifique uma modificação substancial.

Para o fim, deixámos a transposição das Diretivas que obrigará a rever o Código dos Contratos Públicos o que forçará o legislador a reconsiderar conceitos, a precisar disposições e, sobretudo, a acolher inovações.

Com o presente estudo, esperamos ter deixado o nosso pequeno contributo para uma melhor compreensão de uma das matérias mais complexas da Contratação Pública. As dificuldades que encontrámos na interpretação de princípios e conceitos e no jogo de regras, exceções e exceções às exceções sobre o qual está construído o regime¹²¹ mostram que a viagem ainda vai muito no início, cabendo a todos nós, pensadores de Direito, desbravar caminho no sentido de dar mais certeza e

¹²¹ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, Uma Primeira Análise... P.169

previsibilidade à doutrina da modificação substancial, que apesar de ser um problema jurídico real e cada vez mais frequente, extravasa o mundo do Direito, comportando diversas implicações transversais à sociedade em que vivemos.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal de Justiça da União Europeia

24/9/1998, Acórdão Walter Tögel, Processo: C-76/97
5/10/2000, Acórdão Comissão/França – Processo: C-337/98
29/4/2004, Acórdão Comissão/Succhi di Frutta – Processo: C-496/99
14/9/2004, Acórdão Comissão/Itália – Processo: C-385/02
13/1/2005, Acórdão Comissão/Espanha – Processo: C-84/03
19/02/2008, Acórdão Pressetext - Processo: C-454/06
8/4/2008, Acórdão Comissão/Itália - Processo: C-337/05
13/4/2010, Acórdão Wall AG – Processo: C-91/08
29/4/2010, Acórdão Comissão/Alemanha - Processo: C-180/08

Tribunal Geral da União Europeia

31/01/2013, Acórdão Comissão/Espanha - Processo T-235/11

BIBLIOGRAFIA

Alves, Luís - "A Diretiva relativa aos Contratos Públicos (Diretiva 2014/24/UE), Lisboa, Publicações Conselho Distrital de Lisboa Ordem dos Advogados, 2014. Disponível em cdlisboa.org, data da consulta a 20/11/2015.

Andrade da Silva, Jorge – “Código dos Contratos Públicos: Anotado e comentado”, 5ª edição, novembro de 2014, Coimbra, Almedina.

Aroso de Almeida, Mário - "Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo código dos contratos públicos", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* Vol. II, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 811 a 846

Beuter, Rita - "The Scope of Directive 2014/24/EU", EIPA Maastricht, 2014. Disponível em www.eipa.eu, data de consulta a 17/10/2015.

Brodec, Jan/ Václav Janeck - "How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime?", *Public Procurement Law Review* 2013 n° 2, Londres, Sweet & Maxwell, pp. 90 a 105.

Brown, Adrian – “When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in case C-454/06”, *Public Procurement Law Review* 2008 n° 6 Londres, Sweet & Maxwell, pp. 253 a 267.

Brown, Adrian – “Changing a sub-contractor under a public services concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main (C-91/08)”, *Public Procurement Law Review* 2010 n° 5, Londres, Sweet & Maxwell, pp. 160 a 166.

Caetano, Marcelo – “Manual de Direito Administrativo”, Vol I, 10ª edição, 1ª reimpressão, 1980, Coimbra, Almedina.

Caldeira, Marco - "Breve reflexões sobre a transposição das Diretivas da Contratação Pública de 2014: Precisaremos de um novo Código dos Contratos Públicos?", *Revista e-pública* nº5 julho de 2015, Lisboa, ICJP. Disponível em e-publica.pt, data da consulta a 16/10/2015.

Córcoles, Isabel Gallego - "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre la Contratación Pública", 2015, Madrid, AEPDA. Disponível em www.aepda.es, data da consulta a 16/10/2015.

Choon Dias, Afonso – “Os limites à modificação dos contratos administrativos à luz do princípio da concorrência – Critérios gerais”, Tese de Mestrado agosto de 2013, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa.

Dekel, Omer - "Modification of a government contract awarded following a competitive procedure", *Public Contract Law Journal* Vol.38, nº2, Winter 2009, American Bar Association, pp. 402 a 426.

Duarte, Tiago - "Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: O Tribunal de Contas e os limites à modificação dos Contratos", *Revista dos Contratos Públicos* nº 3 setembro/dezembro 2011, Coimbra, CEDIPRE, pp. 27 a 50.

Durviaux, Ann Lawrence - "La négociation des contrats publics en cours d'exécution et le droit communautaire", *Chronique des marchés publics*, 2011, Bruxelas, E.B.P, pp. 936 a 952

Estorninho, Maria João - "Curso de Direito dos Contratos Públicos", 2012, Coimbra, Almedina.

Esteves de Oliveira, Mário – "Direito Administrativo", Vol.I, 1980, Lisboa, Almedina.

Esteves de Oliveira, Mário/Esteves de Oliveira, Rodrigo – "Concursos e outros procedimentos de Contratação Pública", 1ª reimpressão, agosto de 2014, Coimbra, Almedina

Frackowiak, Celine/Delaloy, Guillaume - "Nouvelles directives européennes sur les marchés publics et les concessions: quels changements pour le droit français de la commande publique", *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, nº 94, 2014, Paris, EFE, pp. 155 a 163.

Freitas do Amaral, Diogo – "Curso de Direito Administrativo", Vol. II, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2014, Coimbra, Almedina.

Garcia-Andrade, Xavier Codina - "Urgencia e imprevisibilidad en la Contratacion Pública Europea: Jurisprudencia y nuevas Directivas", *Revista española de Derecho Administrativo* n° 163 abril/junio 2014, Navarra, Aranzadi, pp. 269 -300.

Gonçalves, Pedro - " O Acórdão Presstext: a modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato", *Cadernos de Justiça Administrativa* n°73 janeiro/fevereiro 2009, Braga, Cejur, pp. 1 a 20.

Gonçalves, Pedro Costa – “ Direito dos Contratos Públicos”, junho 2015, Coimbra, Almedina.

Gouveia Martins, Ana - "A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas", Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia Vol. II, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 59 a 118

Graells, Albert Sánchez - "Modification of contracts during their term under Reg. 72 Public Contracts Regulations 2015". Disponível em <http://howtocrackanut.blogspot.pt>, data da consulta a 14/10/2015.

Hartlev, Kristian/ Liljenbøl, Morten Wahl - "Changes to existing contracts under the EU Public Procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender", *Public Procurement Law Review* 2013 n° 2, Londres, Sweet & Maxwell, pp. 51 a 73.

Kramer, Hannah - "When is a variation caught by Procurement Law?", *Property Law Journal* May 2015. Disponível em www.forsters.co.uk/, data da consulta 06/11/2015.

Kotsonis, Totis - "EU Law: The new utilities directive", *Public Procurement Law Review* 2014 n° 4, Londres, Sweet & Maxwell, pp. 169 a 187.

Kotsonis, Totis – “Implementation of Directive 2014/24 Regulating the Modification and Termination of Contracts”. Disponível em whoswholegal.com, data da consulta 10/1/2016

Leitão, Alexandra - "Lições de Direito dos Contratos Públicos", 2014, Lisboa, AAFDL

Medeiros, Rui - " The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: First overview", *The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, 2014, Lisboa, OPET, pp. 29 a 52.

Melo, Pedro/ Campos, Diogo Duarte/ Machado, Carla - "The new Public Procurement Directives and the PPC: Pratical implications of EU Law on the Portuguese Public Procurement Code", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2012 n°2, Lexxion, pp. 105 a 109.

Menezes Cordeiro, António – “ Tratado de Direito Civil”, Livro II, Tomo IV, maio 2010, Coimbra, Almedina

Olivera, Rafael Domínguez - "Modification of Public Contracts", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2015 n°1, Lexxion, pp. 35 a 49.

Otero, Paulo - " Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas", *Revista da Ordem dos Advogados*, N.o III – Ano 56, Dezembro de 1996, Lisboa,

Poulsen, Sune Troels - "The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU Law", *Public Procurement Law Review* 2012 n° 5, Londres, Sweet & Maxwell, pp. 167 a 187.

Racca, Gabriella/ Perin, Roberto Cavallo/ Albano, Gian Luigi - "Competition in the execution phase of Public Procurement", *Public Contract Law Journal* Vol.41, n°1, Fall 2011, American Bar Association, pp.89 a 108

Racca, Gabriella/ Perin, Roberto Cavallo - "Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. Procurement systems", GM Racca/CR Yukins, *Integrity and efficiency in sustainable Public Contracts*, 2014, Bruxelas, Bruylant, pp.247 a 274.

Racca, Gabriella/ Perin, Roberto Cavallo - "Material amendments of Public Contracts during their terms: from violations of competition to symptoms of corruption", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013 n°4, Lexxion, pp. 279 a 293.

Raimundo, Miguel Assis - " Uma primeira análise das novas directivas (Parte II), *Revista dos Contratos Públicos* nº 10 janeiro/abril 2014, Coimbra, CEDIPRE, pp. 163 a 169.

Rayment, Ben - " Public agreements and modifications to existing contracts: the Court of Appeal decision in Edenred", *Public Procurement Law Review* 2015 nº 4, Londres, Sweet & Maxwell, pp. 124 a 128.

Rebelo de Sousa, Marcelo/Salgado Matos, André - "Direito Administrativo Geral", Tomo I, 3ª edição, 1ª reimpressão, julho de 2010, Alfragide, Dom Quixote.

Rebelo de Sousa, Marcelo/Salgado Matos, André - "Direito Administrativo Geral", Tomo III, 2ª edição, 1ª reimpressão, julho de 2010, Alfragide, Dom Quixote.

Semple, Abby/ Andrecka, Marta - "Classification, conflicts of interest and change of a contractor: A critical look at the Public Sector Procurement Directive", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2015 nº3, Lexxion, pp. 171 a 186

Simovart, Mari Ann - "Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the light of the Pessetext ruling", *Juridica International* XVII, 2010, Tartu, University of Tartu, pp. 151 a 160.

Simovart, Mari Ann - "Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules", *Upphandlingrättslig Tidskrift* n° 1, 2015. Disponível em www.ur.t.u.se, data da consulta a 17/01/2016

Torgal, Lino - "Prorrogação do prazo de concessões de obras públicas e de serviços públicos", *Revista dos Contratos Públicos* n° 1 janeiro/abril 2011, Coimbra, CEDIPRE, pp. 219 a 263.

Treumer, Steen - "Transfer of contracts covered by the EU public procurement rules after insolvency", *Public Procurement Law Review* 2014 n° 1, Londres, Sweet & Maxwell, pp. 21-3.

Treumer, Steen - "Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive", *Public Procurement Law Review* 2014 n° 3, Londres, Sweet & Maxwell, pp. 148 a 155.

Treumer, Steen - "Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011", *Public Procurement Law Review* 2012 n° 5, Londres, Sweet & Maxwell, pp. 153 a 166.

Vrâncianu, Adelina - "The modification of a Public Procurement contract under the New European Directives on Public Procurement", *Perspectives of Business Law Journal* Vol. 3, Issue 1, November 2014, Bucharest, Bucharest University, pp. 161 a 163.

Verde de Sousa, Luís – “A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta”, *Estudos da Contratação Pública*, Vol. III, novembro de 2010, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 261 a 337

Yukins, Cristopher - " Public Procurement Law: key international developments in 2014 - part I: An american perspective on the New European Public Procurement Directives", George Washington Law Faculty 2015. Disponível em scholarship.law.gwu.edu, data da consulta 18/12/2015.